

LES MARCHÉS INDUSTRIELS DES DÉPARTEMENTS DE LA DÉFENSE NATIONALE

Contribution à la théorie générale des marchés

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 3 Mars 1961

PAR

JACQUES DAUMARD

MEMBRES DU JURY :

Président : M. WALINE, Professeur

Suffragants { M. de LAUBADERE, Professeur
M. LASSEGUE, Professeur

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, Rue Soufflot (V°)

PARIS

1963

LES MARCHÉS INDUSTRIELS
DES DÉPARTEMENTS
DE LA DÉFENSE NATIONALE

LES MARCHÉS INDUSTRIELS DES DÉPARTEMENTS DE LA DÉFENSE NATIONALE

Contribution à la théorie générale des marchés

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 3 Mars 1961

PAR

JACQUES DAUMARD

MEMBRES DU JURY :

Président : M. WALINE, Professeur

Suffragants { M. de LAUBADERE, Professeur
M. LASSEGUE, Professeur



LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot (V°)

PARIS

1963



Digitized by the Internet Archive
in 2026



*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.*

INTRODUCTION

Pour satisfaire aux besoins de l'Etat, l'administration est amenée à contracter avec des particuliers ou des collectivités publiques. Les contrats de l'administration, et parmi eux les marchés publics, présentent une diversité extrême, soulignée par les auteurs du droit administratif qui ont dû, préalablement à leurs études, rechercher une classification rationnelle. Cette recherche a été guidée par les textes législatifs ou réglementaires, et d'une manière générale par le droit écrit (1) : parfois, elle a été entravée par lui, et la jurisprudence aussi bien que la doctrine ont dû apporter les nuances nécessaires.

Mais pendant longtemps, la terminologie a été insuffisante, les mots recouvrant des notions profondément dissemblables. Dans sa « Théorie générale des contrats de l'Administration » (2), Jèze doit distinguer entre les marchés de fournitures, selon que l'objet est simple ou complexe, et par conséquent selon la mesure dans laquelle le fournisseur est associé à la gestion d'un service public. Cette distinction qui se retrouve dans les marchés de travaux publics prend une valeur particulière dans le domaine des marchés de fournitures dont l'objet peut aussi bien exister dans le commerce qu'être fabriqué à la demande du client, sur ses indications et parfois sur ses plans.

Les textes ont longtemps continué à ne connaître que les « marchés de fournitures ». Des distinctions se faisaient cependant en pratique, entre les marchés surveillés et ceux qui ne l'étaient pas,

(1) Sur ce point, voir A. de LAUBADÈRE. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*. 1956. Tome I, n° 16 et sq.

(2) G. JÈZE. *Les principes généraux du droit administratif*, 3^e édition, tome IV, *Théorie générale des contrats de l'Administration*, 1^{re} partie, page 190.

et les « marchés de fabrication » commençaient à apparaître avec des caractéristiques bien définies. Les textes eux-mêmes faisaient des différences selon le degré de complexité de la fourniture ou selon la durée d'exécution du marché. L'article 11 du décret n° 53-405 du 11 mai 1953 prévoit par exemple un financement plus libéral des marchés dont le délai d'exécution est supérieur à trois mois. La notion de marché industriel s'est lentement élaborée, à partir de celles de marchés de fabrication, de marchés de fournitures complexes et de marchés surveillés, et s'est opposée aux marchés de fournitures courantes.

L'expression nouvelle a été reprise par l'arrêté du 19 janvier 1955 (3) portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés industriels des départements de la Défense nationale. Complété par l'arrêté du 9 mars 1955 (4) approuvant les dispositions spéciales aux marchés d'études, aux marchés de prototypes, à l'utilisation des droits de propriété industrielle et à la reproduction des matériels, le cahier de 1955 n'a eu qu'une brève existence. L'arrêté du 7 mai 1958 (5) abroge le cahier des 19 janvier et 9 mars 1955, et approuve une nouvelle rédaction, actuellement en vigueur, des clauses administratives générales applicables aux marchés industriels des départements de la Défense nationale. En fait, le cahier industriel du 7 mai 1958 reprend la plupart des dispositions du texte de 1955 modifié pour tenir compte du décret n° 56-256 du 13 mars 1956, relatif aux marchés passés au nom de l'Etat (6), puis corrigé également dans la forme.

Le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés industriels des départements de la Défense nationale, approuvé par arrêté du 7 mai 1958, est dans la ligne des cahiers qui l'ont précédé. C'est un cahier autoritaire, sévère même. Il peut être comparé au cahier des clauses et conditions générales des marchés de travaux publics des Ponts et Chaussées, publié par arrêté du 29 décembre 1910. Comme le cahier des conditions générales du 21 novembre 1932 (7), le cahier industriel du 7 mai 1958 est commun aux trois départements de la Défense nationale. Ce

(3) *Journal Officiel* des 14 et 15 février 1955, page 1787.

(4) *Journal Officiel* du 18 mars 1955, page 2772.

(5) *Journal Officiel* du 29 mai 1958, p. 5111.

(6) *Journal Officiel* du 16 mars 1956, p. 2562. Rectificatif au *Journal Officiel* du 29 mars 1956, p. 3029.

(7) Abrogé par l'article 3 de l'arrêté du 7 mai 1958, *Journal Officiel* du 29 mai 1958, p. 5093.

cahier est enfin propre à une catégorie particulière de marchés de fournitures, les marchés industriels.

Un autre arrêté du 7 mai 1958 approuve un second cahier des charges, applicable celui-ci aux marchés de fournitures courantes des départements de la Défense nationale. La notion nouvelle de marchés industriels est ainsi consacrée par l'existence de deux cahiers différents pour les seuls marchés de fournitures militaires.

La rédaction du cahier applicable aux marchés industriels a été difficile. Le texte de 1958 porte la trace des discussions dans lesquelles il a mûri et les remaniements récents laissent penser que la période d'évolution de ce cahier n'est pas close. Destiné à régir les marchés passés par des administrations différentes, ayant leurs problèmes propres, le cahier industriel ne pouvait être élaboré qu'au sein d'une commission. Par décision n° 62-132 CAB/DN du 7 décembre 1948, le Ministre de la Défense nationale a institué la Commission mixte des marchés de la Défense nationale, devenue ultérieurement la Commission d'étude des marchés sans que sa composition, ses méthodes de travail ni son rôle n'aient été modifiés. Une sous-commission des marchés industriels, et un comité de rédaction ont été nommés. Les travaux ont été longs, durant pratiquement de 1950 à 1955. La Commission aussi bien que ses organes de travail ont accueilli de façon très libérale les représentants qualifiés des directions et services intéressés. Une large confrontation des idées a pu avoir lieu ; elle n'a pas seulement mis en valeur la variété des solutions du droit positif et de la pratique administrative, elle a permis également d'apporter les explications de fond qui justifient les différences des positions prises.

Très tôt également, il a été envisagé de soumettre les textes en cours d'élaboration aux Chambres syndicales. De fait, les projets ont été communiqués, avant leur approbation, au Conseil National du Patronat Français qui avait fait connaître son désir d'être informé.

Si la richesse des renseignements qu'ont recueillis la Commission mixte et ses organes de travail explique la durée de la préparation du cahier applicable aux marchés industriels, elle explique également qu'il ait été nécessaire de réaliser un compromis entre les tendances des différents services pour parvenir à un texte commun. Dans une certaine mesure, qu'il faudra préciser, ce compromis est un échec : le Cahier de 1955 a dû être publié en deux fois, l'accord n'ayant pas pu se faire à temps sur les dispositions du Titre VI relatif aux marchés d'études et de prototypes.

Surtout, le cahier de 1955 n'a été introduit à la Direction Technique et Industrielle de l'Aéronautique que sous la forme du « Règlement Air 1714 » dont le préambule déclare :

« Le présent Cahier des Clauses administratives est constitué « par le « Cahier des Clauses administratives générales applicables « aux marchés industriels des Départements de la Défense Nationale » précisé et complété par le « Cahier des Clauses administratives applicables aux marchés industriels passés par le « Département de l'Air ».

« Il forme ainsi le « Cahier des Clauses administratives applicables aux marchés industriels passés par le Département de l'Air ».

De même, le projet d'Instruction préparé par la Commission mixte a dû être transformé en un simple commentaire (8). Comme ce fut le cas pour le Cahier des clauses et conditions générales du 21 novembre 1932, les Instructions, c'est-à-dire les ordres du ministre à ses directeurs, doivent tenir compte des nécessités propres à chaque service.

Le cahier du 7 mai 1958, applicable aux marchés industriels, n'a pas de valeur réglementaire. Telle est la tradition du droit administratif français. Cependant, et à travers les particularités nées de la diversité des tâches incombant à chaque direction, un tel recueil des clauses administratives qui sont effectivement insérées dans les marchés publics traduit un état du droit. Dans la mesure même où le cahier, ou l'un seulement de ses titres, n'ont pu être adoptés dans l'état où ils furent publiés au *Journal Officiel*, une telle attitude des services de l'administration doit permettre de mettre en évidence un aspect du droit positif qui, sans cela, serait resté ignoré en dehors du cercle étroit des spécialistes de la question.

Cette connaissance du droit positif présente un avantage : elle n'est pas statique, parce que les textes évoluent et parce que la pratique administrative elle-même, si elle reste stable malgré les textes, sait s'adapter lorsque les conditions de fait se modifient et rendent nécessaires une adaptation. L'apparition d'un nouveau cahier des charges ne signifie pas nécessairement un renouveau de la pensée juridique. Un cahier des clauses administratives générales qui se bornerait à rassembler en un texte unique les règles écrites antérieures et les solutions coutumières ferait sans doute

(8) Publié par l'Imprimerie Nationale, au *Bulletin Officiel de la Marine*, 1955, p. 821 et sq. et p. 1.069 et sq ; puis après la parution du Cahier industriel du 7 mai 1958, également au *Bulletin officiel de la Marine*, p. 2.743 et suivantes de l'année 1958.

œuvre de codification (9) ; mais une telle codification se rencontre rarement dans la pratique. La refonte des textes antérieurs est sans doute le point de départ des études, et les projets de cahier présentés en 1950 et même en 1953 avaient conservé dans le plan et jusque dans le texte une ressemblance certaine avec les conditions générales du 21 novembre 1932. Mais de séance en séance, dans les commissions ou au sein du comité de rédaction, des tendances plus précises ont été dégagées et se sont affirmées ; les projets ont été repris et modifiés, moins du reste dans la texture du plan général du cahier que dans la rédaction interne des articles et dans l'importance relative de ceux-ci.

Les procès-verbaux des séances de travail montrent que les représentants des trois départements militaires ont cherché une solution à une situation de fait. Les praticiens des marchés réunis au sein de la Commission mixte voyaient clairement l'insuffisance de la notion classique de marché de fourniture pour définir la réglementation applicable aux marchés de fabrication. Dans ces derniers, l'objet de la fourniture ne préexiste pas au contrat, mais il est fabriqué à la demande de la collectivité publique et généralement sous sa surveillance. L'exécution de tels marchés est longue et la responsabilité du fournisseur n'est plus totale, l'Etat intervenant dans l'exécution du marché par ses services techniques, au stade des études ou au stade de la fabrication elle-même.

L'interdépendance de l'Etat et de son fournisseur devient de plus en plus étroite, et l'on a pu rechercher la véritable nature juridique des liens ainsi créés (10). Le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés industriels des départements de la Défense nationale a été rédigé en vue de définir les principes selon lesquels s'ordonnent les rapports entre l'Etat et son cocontractant dans un marché de ce type, et les clauses finalement adoptés proposent une solution aux problèmes nés de l'emprise de la vie industrielle et de la vie économique sur le droit et la pratique des marchés de fabrication.

Il est intéressant d'examiner si le cahier industriel du 7 mai 1958 a su répondre aux questions fondamentales posées par cette situation nouvelle, et si les solutions présentées sont traditionnelles ou novatrices. Au-delà de cette étude, il convient de rechercher si les solutions retenues permettent de résoudre les difficultés que

(9) Voir G. ARDANT. La codification permanente des lois, règlements et circulaires. *Revue du Droit public*. 1951, p. 35 et sq, notamment le § 3.

(10) M. WALINE. Evolution récente des rapports de l'Etat avec ses cocontractants. *Revue du Droit public*. 1951. p. 5, et plus spécialement p. 14.

rencontre l'industrie dans l'exécution des marchés de l'Etat. L'apport du cahier industriel se borne du reste à l'aspect juridique de cette question, sans pouvoir innover dans le domaine financier : les règles du financement des marchés de l'Etat ont été fixées de manière impérative par le décret n° 53-405 du 11 mai 1953 et par les instructions d'application, puis par les décrets n° 59-167 du 7 janvier 1959 et n° 60-1044 du 22 septembre 1960 qui accentuent sur certains points cette rigidité.

Il s'agit finalement de rechercher si et comment l'Etat peut favoriser par sa réglementation des marchés l'expansion économique et le progrès industriel. Il ne s'agit pas d'étudier l'influence économique des marchés de l'Etat, mais plutôt la contribution que le droit administratif peut apporter à la vie des affaires. Une telle étude dépasse évidemment le cadre des marchés passés par les départements de la Défense nationale pour étudier les marchés industriels en eux-mêmes, à travers le cahier du 7 mai 1958.

Mais le cahier de 1955 et celui de 1958 sont situés à la frontière de la vie administrative et de la vie des affaires, et donc par là même à celle du droit public et du droit privé. L'étude de la réglementation et de la pratique des marchés industriels doit permettre de préciser certains de ces rapports.

Les pays étrangers connaissent enfin également la difficulté d'établir sur une base logique et satisfaisante les rapports entre l'industrie et l'Etat, à l'occasion des marchés industriels. L'expérience acquise — ou perdue — pendant la dernière guerre, les solutions adoptées dans la période d'expansion économique qui a suivi, tout cela a influé sur le droit des marchés, et l'étude comparée des solutions juridiques françaises et étrangères est du plus haut intérêt. Il y sera fait recours dans la mesure toutefois où la documentation connue l'aura permis.

Un bref examen des sources du droit des marchés industriels n'est peut-être pas inutile. On trouve évidemment en premier lieu le cahier des clauses administratives générales, dans ses éditions successives, et dans la forme particulière qu'il revêt dans certains services qui l'ont aménagé compte tenu de leurs besoins propres ; en second lieu, et lorsqu'elle s'applique aux marchés industriels, la réglementation générale des marchés ; la pratique administrative constitue la troisième source du droit, particulièrement importante, qu'elle revête la forme d'un écrit : marché-type ou instructions de service, rapports et documents divers, ou simplement qu'elle ne soit constituée que par un faisceau d'habitudes, formant généralement un tout cohérent. On ne peut guère citer la jurisprudence,

peu abondante ; les articles exclusivement consacrés aux marchés industriels sont peu nombreux.

Le droit des marchés industriels se crée actuellement ; les solutions d'espèce ont une importance capitale, car elles peuvent prendre valeur de principe. C'est à partir de ces données que s'élabore la théorie des marchés industriels, et c'est dire le rôle de la pratique administrative et du droit positif. Une instruction, obligatoire pour les services de la Défense nationale, avait été préparée ; prématurée, elle a pris seulement la forme du commentaire. Ce commentaire permet souvent d'interpréter les articles du cahier.

Il convient enfin de signaler que la réorganisation du Ministère des Armées, qui a succédé au Ministère de la Défense nationale, et plus spécialement la création de la délégation ministérielle pour l'armement doivent amener une évolution nouvelle des marchés industriels.

Un cahier interministériel, destiné à régir l'ensemble des marchés industriels passés au nom de l'Etat par quelque ministère que ce soit, est en cours d'élaboration.

C'est pourquoi il ne saurait être question, dans les pages qui vont suivre, de décrire autre chose que l'état du droit positif à la veille de la réorganisation du Ministère des Armées.

CHAPITRE PREMIER

Le critère des marchés industriels

L'arrêté du 19 janvier 1955, signé par le Ministre de la Défense nationale et des Forces armées, et contresigné par les Secrétaires d'Etat d'armes approuvait le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés industriels des départements de la Défense nationale (1). Cet arrêté semble être l'acte de naissance officiel de l'expression de « marchés industriels ».

Cette expression est née de la pratique, et de la nécessité de distinguer parmi les marchés de fournitures. C'est dire que les marchés industriels ont existé, et ont été reconnus avec des caractères particuliers avant qu'un texte ait consacré leur existence individuelle. Mais la multiplicité des appellations sous lesquelles ces marchés, ou du moins certains d'entre eux, ont été désignés : « marchés de fabrication », « marchés surveillés », parfois « marchés complexes », « marchés sur devis » ou « marchés négociés », « marchés industriels » enfin, suffirait à démontrer la nécessité de rechercher une définition des marchés visés par l'arrêté ministériel du 19 janvier 1955 et par les textes ultérieurs.

Ni le cahier des clauses administratives générales du 19 janvier 1955, ni le cahier du 7 mai 1958 qui l'a remplacé, ne définissent les marchés dont ils traitent. Il est normal qu'il en soit ainsi : un cahier des clauses administratives générales n'a de valeur que lorsqu'il s'intègre dans un marché qui s'y réfère. Ce principe, classique en droit français, mérite d'être rappelé à une époque où les divers droits nationaux sont, plus étroitement que jamais,

(1) *J.O.* des 14-15 février 1955, p. 1.787.

confrontés entre eux : en droit anglais, notamment, les cahiers des clauses et conditions générales ont une valeur de règlement.

L'arrêté du Ministre de la Défense nationale, du 19 janvier 1955, prévoit en son article 2 que « le nouveau cahier sera obligatoirement appliqué à tous les marchés industriels dont la préparation aura lieu postérieurement au 1^{er} avril 1955 ». C'est là supposer le problème résolu. L'arrêté du 9 mars 1955 (2) publiant le titre VI du même cahier n'est pas plus explicite. Et l'article 2 de l'arrêté du 7 mai 1958 (3) reprend, à la date près, la formule de l'arrêté du 19 janvier 1955.

On peut estimer toutefois que le jeu des articles premier et second de l'arrêté du 9 mars 1955 (4) a rendu obligatoire l'application du Titre VI du Cahier de 1955 à tous les marchés d'études et de prototypes. Si l'on accepte cette interprétation, les « marchés industriels » comprendraient tous les marchés d'études et de prototypes, mais engloberaient également d'autres marchés de fabrication. Là encore, les arrêtés ministériels ne fournissent pas la définition recherchée.

C'est donc en dehors des cahiers eux-mêmes et des arrêtés qui les ont approuvés que les éléments d'une définition et d'un critère peuvent être trouvés.

Cette recherche présente un intérêt pratique évident. Les fournisseurs doivent savoir si leurs fabrications habituelles relèvent ou non du cahier applicable aux marchés industriels. Ils doivent connaître l'incidence des clauses administratives générales sur leurs prix de revient ; et dans la mesure où les clauses contenues dans le cahier conduisent les industriels à changer certaines méthodes de gestion interne de leurs entreprises, ces changements ne doivent pas être improvisés. Un critère simple et pratique serait utile aux fournisseurs ; il est indispensable aux services qui passent des marchés, puisque les administrations ont maintenant le choix entre les deux cahiers approuvés le 7 mai 1958, l'un pour les marchés industriels, l'autre pour les marchés de fournitures courantes.

Mais sur le plan théorique, il est important également de rechercher le champ d'application des nouveaux cahiers et de tenter de donner un critère des marchés industriels. Si l'on crée une nouvelle catégorie juridique — et l'arrêté du 19 janvier 1955 l'a fait — il est indispensable d'en définir les contours, ne serait-ce que pour mieux l'opposer aux institutions traditionnelles, mais

(2) *J.O.* du 18 mars 1955, p. 2.772.

(3) *J.O.* du 29 mai 1958, p. 5.111.

(4) *J.O.* du 18 mars 1955, p. 2.772.

aussi pour comparer les marchés industriels aux marchés de fournitures. La recherche sur le plan théorique rejoint donc directement les préoccupations pratiques en ce qu'elle doit indiquer clairement quelles sont les nouveautés, leur signification et leur portée.

La recherche du critère ouvre enfin une autre voie. Elle conduit à examiner si la parution, en 1955, et les modifications, en 1958, d'un cahier d'un type nouveau ont ou non une signification sur le plan de la théorie générale des marchés publics, et sur celui du droit public.

La recherche d'un critère des marchés industriels suppose en premier lieu que certaines données soient présentées : données de fait, données de droit, qui s'interpénètrent étroitement dans un domaine en constante évolution.

Ces données s'ordonnent autour d'un principe sur lequel il sera finalement possible de construire le critère proposé des marchés industriels.

I. — Les données de fait et de droit.

1° LA NOTION DE MARCHÉ DE FOURNITURES ET SA SIGNIFICATION ÉCONOMIQUE.

Il n'y a pas, derrière la notion de marché de fournitures une unité d'objet. Les contrats administratifs les plus divers se couvrent de cette appellation, ainsi que les auteurs l'ont montré à maintes reprises. Il est donc difficile de définir les marchés de fournitures, si ce n'est *a contrario* : tout marché qui n'est pas un marché de travaux publics serait un marché de fournitures (5). Les définitions positives qui en sont données restent vagues : « Les marchés de fournitures sont des contrats administratifs qui, aux risques et périls des fournisseurs et à l'exclusion de la réquisition, ont pour objet de procurer à une personne administrative des biens mobiliers ou des services dans des conditions différentes du droit privé » (6). Une telle définition est évidemment insuffisante en ce qu'elle exclut les marchés en régie qui, bien que passés aux risques et périls de la collectivité publique, n'en sont pas moins des marchés de fournitures. Elle a cependant le mérite de mettre en

(5) AUDEBAUD. Thèse Paris 1950. Essai sur l'évolution et les tendances actuelles des marchés de l'Etat, p. 24.

(6) ARRIGHI. Thèse Paris 1945. Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures, p. 13.

lumière l'imprécision de l'objet des marchés de fournitures, son hétérogénéité, puisque la fourniture peut être un service rendu aussi bien qu'une marchandise, et l'impossibilité de déterminer les moyens mis en œuvre.

Aussi est-ce très tôt dans l'histoire du droit français qu'on a souligné les différences qui opposent entre elles plusieurs formes de marchés de fournitures. Dans l'ancien droit français, l'usage de la Marine était de mettre en adjudication les fournitures existant dans le commerce et de traiter de gré à gré dans les cas où des difficultés exceptionnelles ne permettaient pas d'acheter un objet déjà fabriqué (7).

Mais c'est au XIX^e siècle que le marché de fournitures s'est transformé en un contrat *sui generis*, complet en lui-même, et n'empruntant pas nécessairement au droit civil les règles le régissant. A cette époque, le souvenir des marchés de fournitures passés par l'administration militaire du 1^{er} Empire pour subvenir aux besoins de l'Armée est encore vivant. Les fournisseurs aux Armées sont des commerçants ; ils sont chargés moins de produire ou de fabriquer que de rassembler en quantités suffisantes les denrées qui existent déjà. Deux idées vont de pair : les fournitures sont des objets que l'on trouve dans le commerce, sur le marché économique ; l'adjudication qui met les fournisseurs en concurrence assure au mieux les intérêts de la puissance publique. A tous égards, la notion classique de marché de fournitures s'est élaborée en France avant la révolution industrielle, même si la théorie n'en a été faite que plus tard. Les marchés de fournitures ont été longtemps passés dans un système économique où régnait la concurrence, et le régime juridique qui leur était fait en porte la trace. Il était facile de se procurer, en acceptant de payer un prix élevé, et parfois excessif, l'objet mobilier manquant du fait de la défaillance du fournisseur. Les fournitures portaient le plus souvent sur des objets déjà en vente, ou dont la fabrication ne demandait pas de longs délais. L'achat aux frais et risques du fournisseur défaillant mettait la collectivité publique contractante à l'abri du seul risque qui subsistât, celui de payer un prix trop élevé.

Mais les conditions économiques des marchés de fournitures ont changé. Les marchés de fournitures sont devenus de plus en plus des contrats par lesquels les administrations se procurent les produits de fabrication industrielle. Le problème essentiel pour le

(7) ARRICHI. Thèse Paris 1945. Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures, p. 58.

titulaire du marché n'est plus d'acheter au plus bas prix pour revendre en l'état des objets à la collectivité publique en se ménageant une marge bénéficiaire aussi importante que possible. Il s'agit de fabriquer un objet ou une série d'objets, à partir des matières premières, en supportant non seulement les risques de perte du produit fini, mais encore les risques de la production elle-même. La concurrence entre les industriels est limitée, du fait des investissements nécessaires à la production, du fait également de la complexité des techniques en jeu. Le processus de production s'allonge.

Les conséquences, sur le plan juridique, sont immédiates. L'adjudication publique ouverte recule (8). Le marché sur appel d'offres permet de retenir de la concurrence, dans la mesure où elle subsiste, ce qu'elle peut apporter pour la détermination du prix du marché. En cas d'inexécution, il devient vite illusoire de compter sur les moyens de coercition pour obtenir satisfaction. Se plaçant sur le seul plan financier, la procédure de l'achat aux frais et risques est devenue de plus en plus inopérante, et les règles conçues à propos d'un système économique donné n'ont pu conserver leur efficacité après les changements survenus. La réglementation des marchés de fournitures accuse un retard sur les faits. La notion de marché de fournitures, bien avant 1955, a perdu toute homogénéité.

Le cahier des conditions générales applicables aux marchés et fournitures de la Guerre, de la Marine et de l'Air du 21 novembre 1932, reprenant en cela les errements antérieurs, a traité dans un même ensemble des marchés de fournitures industrielles fabriquées à la demande et des marchés de fournitures commerciales. Volontairement succinct, le cahier de 1932 n'est pas entré dans le détail ; il a dû cependant tenir compte de deux sortes de marchés auxquels il pouvait s'appliquer. Comme il n'y a pas lieu de surveiller en usine la fabrication d'un objet qui peut être acheté dans le commerce sous la forme où on le désire — une automobile de série, par exemple — l'article 45 du cahier, qui traite de la surveillance en usine des fabrications, était facultatif et supposait une référence expresse au marché.

Mais les cahiers des clauses et conditions générales peuvent être complétés par des cahiers des clauses administratives spéciales. Soumis aux conditions générales du 21 novembre 1932, les marchés passés par la Direction technique et industrielle de l'Aéronautique

(8) Voir notamment QUANCAUD. Thèse Paris 1945. L'adjudication des marchés de fournitures.

étaient en outre soumis au « Cahier provisoire des conditions administratives spéciales aux marchés pour la fourniture, la transformation et la réparation de matériels aéronautiques » (9).

D'importants marchés industriels échappaient par là au régime prévu par les conditions générales du 21 novembre 1932. Celles-ci continuaient cependant à régir tous les marchés préparés par la Direction centrale des Constructions et Armes navales qui ne jugeait pas opportun de modifier *a priori* le texte de 1932, se réservant seulement d'insérer les clauses convenables dans le texte du contrat lui-même.

Ainsi, dans les seuls départements militaires, les marchés de fournitures étaient soumis à des régimes juridiques très différents dont il serait intéressant de rechercher le fondement juridique ou économique.

2° LE CAHIER INDUSTRIEL ET SA MISE EN APPLICATION.

Un cahier particulier aux marchés de fournitures industrielles a été rédigé de 1950 à 1955. Publié en deux fois, par arrêté du 19 janvier 1955, puis par un arrêté du 9 mars 1955 consacré spécialement aux marchés d'études et de prototypes, il a été abrogé et remplacé par le cahier approuvé par l'arrêté du 7 mai 1958.

A l'origine, les marchés industriels apparaissent comme une exception : les marchés de fournitures sont régis en général par les clauses du cahier du 21 novembre 1932 ; seuls certains d'entre eux sont soumis au cahier publié le 19 janvier 1955. Relèvent alors du cahier du 21 novembre 1932 non seulement les marchés de fournitures courantes, mais encore les marchés de fabrication dont l'exécution est surveillée en usine par des services de l'Etat.

Dans cette conception première, le cahier de 1955 ne s'applique que dans des cas exceptionnels. Dans son « Rapport au Ministre de la Défense Nationale et des Forces armées et aux Secrétaires d'Etat aux Forces armées » le Contrôleur général, président de la Commission mixte, expose que le cahier de 1955 vise les marchés de fabrication ou d'étude de matériels, et que : « l'un des meilleurs critères des marchés industriels réside dans l'exercice par l'Administration d'une surveillance permanente des fabrications au cours de leur exécution ». Par ailleurs, dans « l'Avant-propos au Commentaire », le Contrôleur général écrit que le cahier de

(9) Ce cahier du 15 février 1946, publié au *Bulletin Officiel de l'Air*, 1946, page 451, est connu comme la « Norme Air 1713 ».

1955 « concerne les marchés les plus complexes et pour lesquels les considérations d'ordre technique sont le plus étroitement mêlées au point de vue économique et financier ».

Ces deux définitions ne se recouvrent pas exactement et nous montrerons que la surveillance en usine, si poussée soit-elle, ne saurait fournir le critère des marchés industriels. Sans trouver donc dans ces deux textes un critère définitif de ces marchés, on peut cependant retenir qu'un marché industriel mêle les considérations d'ordre technique, économique et financier, et qu'une surveillance tout spécialement poussée y est habituelle.

Rechercher un critère des marchés industriels serait peut-être un travail vain. La circulaire n° 445C Ma 4 du 7 mars 1955 (10) émanant de la Direction centrale du Commissariat de la Marine, après avoir précisé qu'il n'a pas paru possible... de tracer « suivant un critère absolu, préalablement défini, une ligne de partage nette entre les domaines respectifs des conditions générales du 21 novembre 1932 (11) et du cahier de 1955 » donne certaines indications, du reste *a contrario* : « ...il est apparent dès l'abord que ne relèvent pas du cahier du 19 janvier 1955 les marchés de fournitures courantes existant en l'état dans le commerce ou de fournitures à spécifications simples, dont la fabrication ne met pas en œuvre un outillage spécialisé et des moyens industriels complexes et n'exige pas une surveillance suivie et continue de la part de l'administration dans les établissements du titulaire ».

Mais la circulaire n° 949 C Ma 4 du 21 juillet 1958 (12) apporte au contraire des éléments positifs qui rejoignent du reste le Rapport au Ministre et l'avant-propos au commentaire : « ...la référence au Cahier des marchés industriels s'impose pour les marchés d'étude et de prototype et les marchés de fabrication spéciale ou de réparation qui, en raison de la nature, entrent dans la catégorie des marchés sur devis et qui, par suite de la complexité de leur objet, appellent pour une assez longue durée l'utilisation de moyens industriels importants, en exigeant de la part du titulaire comme de l'Administration, des efforts particuliers aux points de vue technique, économique et financier ».

Le cahier de 1955 apparaît ainsi à l'origine comme réservé à des marchés présentant des difficultés exceptionnelles d'exécution. Ces difficultés peuvent tenir à l'objet du marché, si la qualité doit être très poussée, si les conditions de recette sont sévères, si l'on

(10) *Bulletin Officiel de la Marine*, 1955, 1^{er} semestre, p. 821.

(11) Aujourd'hui abrogées.

(12) *Bulletin Officiel de la Marine*, 1958, page 2.743.

se trouve à la pointe du progrès ou s'il s'agit d'un marché de réparation. Elles pourraient tenir également au délai consenti, soit qu'il soit très long et engage l'Etat pour longtemps, soit au contraire qu'il soit très bref ce qui pose des problèmes complexes et coûteux d'organisation industrielle. Elles peuvent enfin tenir aux moyens à mettre en œuvre ; c'est le cas notamment si le marché ne peut être réalisé que par plusieurs sociétés travaillant ensemble selon des modalités à définir.

Mais en pratique, l'emploi du cahier industriel s'est généralisé. Ce cahier tend à devenir la règle dans les marchés préparés par certaines directions des départements de la Défense nationale.

La Direction technique et industrielle de l'Aéronautique applique le règlement Air 1714 (13), constitué par le Cahier des clauses administratives générales dont le texte a été publié le 19 janvier 1955, précisé par le « Cahier des clauses administratives particulières applicables aux marchés industriels passés par le Département de l'Air ». Cette généralisation s'explique facilement : de nombreuses dispositions du Cahier de 1955 ont été inspirées par le Règlement Air 1713, notamment par le Titre IV, relatif aux marchés de réparation et de modification, de ce Règlement Air.

La Norme Air 1714 s'applique aux sociétés nationales de Constructions aéronautiques comme aux entreprises privées. Les sociétés nationalisées bénéficient seulement des dispositions particulières prévues par les règlements pour les entreprises dont l'Etat possède une partie du capital. C'est ainsi que l'article 41 du décret n° 53-405 du 11 mai 1953, modifié par l'article 7 du décret n° 60-1044 du 22 septembre 1960 dispense de toute garantie les établissements publics et les entreprises dont l'Etat détient au moins la moitié du capital.

Si l'introduction du Cahier de 1955, sous la forme de la Norme Air 1714, s'est faite sans délai à la Direction technique et industrielle de l'Aéronautique, le cahier industriel n'est entré en vigueur dans la Marine que progressivement. Le projet de cahier a été critiqué par les représentants de la Marine pendant son élaboration, puis à la veille de sa parution (14). La Direction centrale des Constructions et Armes navales a eu le souci de ne mettre le cahier en application que de façon très progressive, afin de laisser aux fournisseurs le temps de s'y habituer et de s'y adapter. Mais dès 1957, le nombre des marchés nouveaux soumis par les Cons-

(13) Dit « Norme Air 1714 ».

(14) Procès-verbal de la 25^e séance de la Commission mixte des Marchés de la Défense Nationale, page 5.

tructions et Armes navales aux conditions générales du 21 novembre 1932 allait en s'amenuisant et la référence au Cahier industriel du 7 mai 1958 est aujourd'hui la règle.

En fait, ces deux attitudes extrêmes qui semblent s'être rejointes recouvrent une certaine divergence de vues : le nouveau cahier est à l'égard des fournisseurs l'instrument d'une certaine politique économique et administrative suivie par la Direction technique et industrielle de l'Aéronautique ; ce cahier ne répond par contre qu'imparfaitement aux désirs de la Direction centrale des Constructions et Armes navales. Pour interpréter le cahier et porter un jugement sur lui, il est nécessaire de connaître la structure économique des industries auxquelles il sera proposé, mais également de savoir dans quel esprit l'administration contractante l'appliquera.

Une telle étude ne saurait être entreprise avant qu'ait été défini le critère qui délimitera le champ d'application du cahier industriel. Mais il est déjà possible de présenter quelques remarques très générales.

3° LA SIGNIFICATION DU CAHIER APPLICABLE AUX MARCHÉS INDUSTRIELS SUR LE PLAN DU DROIT DES MARCHÉS.

Conçu et présenté comme un texte d'exception, le cahier industriel est devenu, presque sans transition, le recueil des clauses administratives de droit commun insérées dans les marchés passés par les directions qui comptent parmi les plus importantes. Le cahier industriel qui traduisait du fait même de sa rédaction un état du droit, limité et dans le temps et dans son objet, va à son tour avoir une influence sur le droit des marchés de la Défense nationale, éventuellement sur l'ensemble du droit des marchés.

Certaines clauses du cahier industriel sont sévères. Elles se justifiaient pour des marchés exceptionnels, et se trouvent devenir aujourd'hui le droit commun. Il y a là une discordance qui a été soulignée.

Le cahier industriel apparaît comme le développement à l'extrême — et certains diront à l'absurde — des théories du droit administratif des contrats. Il peut également sembler ne traduire que le droit théorique, avec tous les pouvoirs exorbitants du droit commun qui sont concédés à l'administration dans un marché public. En fait, les pouvoirs théoriques restent souvent platoniques, l'administration n'usant de ses pouvoirs qu'avec discernement et

discrétion. Mais décrire ces pouvoirs dans un document contractuel peut inciter les industriels à se couvrir du risque supplémentaire qu'ils courent ainsi, par une hausse prévisionnelle de leurs devis de prix ; cela peut également amener les services à user avec plus de facilité des pouvoirs dont ils disposent et que le cahier leur rappelle.

Seule l'étude concrète de la pratique des marchés industriels permettra de savoir comment est interprété le cahier de 1958 et, par là, de mesurer l'influence qu'il a déjà sur le droit des marchés publics. Il est intéressant de noter dès à présent la divergence qui existe entre les textes et l'interprétation, entre le droit écrit et le droit positif.

Mais l'étude de la pratique administrative suppose acquise la définition d'un critère des marchés industriels.

II. — Le critère des marchés industriels.

A. — LES PRINCIPES A POSER AVANT TOUTE RECHERCHE D'UN CRITÈRE DES MARCHÉS INDUSTRIELS.

1° *Le problème de l'unité ou de la dualité des cahiers des clauses administratives générales.*

Les départements de la Défense nationale ont, depuis 1955, deux cahiers des clauses et conditions générales applicables aux marchés de fournitures : l'un relatif aux marchés industriels, l'autre aux marchés de fournitures courantes. Cette situation pouvait paraître provisoire tant que subsistait le Cahier du 21 novembre 1932, elle tend à devenir permanente depuis les arrêtés du 7 mai 1958.

Ce changement peut satisfaire l'esprit : les marchés industriels se sont affirmés comme une catégorie particulière des marchés de fournitures. Le droit s'aligne donc sur les faits ; la dualité des cahiers est seulement la conséquence de la diversification des institutions.

Cette réponse ne peut être satisfaisante. Elle suppose terminée une évolution du droit des marchés que l'examen des faits montre, au contraire, plus rapide que jamais. Consacrer la catégorie juridique des marchés industriels en publiant un cahier propre à ces marchés, c'est renoncer peut-être à faire, autour des idées nouvelles que ce cahier pourrait contenir, une synthèse du droit des

marchés de fournitures. Force est donc de se demander s'il est bon de posséder plusieurs cahiers applicables aux marchés de fournitures et, dans l'affirmative, à quelles fins peut servir cette dualité des clauses administratives générales applicables.

La question de l'unité ou de la pluralité des cahiers a été largement discutée.

Elle peut apparaître comme un problème secondaire, un problème de forme, dans une large mesure.

La Marine, dans une note du 31 octobre 1950 a émis un avis défavorable à la coexistence de deux cahiers des charges : « Une saine administration s'oppose à la multiplication des textes et des règlements, cette multiplication étant génératrice de confusion et de pertes de temps et déconcertant les fournisseurs qui préféreront toujours un document unique, clair et complet » (15). C'est pourquoi la Marine s'est toujours refusée à créer un cahier des clauses et conditions particulières.

Mais en réalité, il y a là un problème grave, dépassant la seule question de forme.

Les représentants de la Marine ont insisté sur la difficulté de distinguer entre les fournitures courantes et les fournitures industrielles : « le classement de beaucoup de matériels... dépend essentiellement de l'appréciation du chef de service qui aura à choisir le cahier applicable, de conditions de temps et de lieu, et du point de vue auquel on se place » (15). Il y a là un danger d'arbitraire qui ne peut que dérouter le fournisseur en soumettant des fournitures identiques à des régimes juridiques dissemblables. Au contraire, la Direction des Etudes et Fabrication d'Armement a fait valoir que « si le Cahier unique peut convenir pour les gros fournisseurs disposant d'un contentieux important, il paraît absolument inadapté aux possibilités des petits et moyens fournisseurs ».

En fait, l'on ne saurait définir un cahier en se référant au cocontractant de l'Administration sans encourir le reproche de personnaliser le droit. Mieux vaudrait se référer à la distinction faite par la Commission nationale d'Etude des Marchés entre les fournitures sur devis et les produits catalogables, et chercher à rédiger deux cahiers, l'un relatif aux marchés de fabrication industrielle, l'autre, très simple, destiné aux achats de fournitures cou-

(15) Commission mixte, sous-commission des marchés industriels, 4^e séance du 6 novembre 1950.

rantes (16). Mais arrêter la forme amène ainsi à prendre parti sur le caractère d'un de ces cahiers au moins.

En réalité, les questions de forme s'effacent devant les problèmes économiques et administratifs posés par les rapports des services de l'Etat avec les fournisseurs.

Un industriel a montré devant la Commission d'Etude de la Réforme budgétaire (17), constituée au sein de l'Institut de Droit comparé, combien il est difficile pour un fournisseur de l'Etat d'assimiler un document comprenant une centaine d'articles et d'envisager toutes les conséquences qui peuvent découler de sa mise en application. Mais ce travail pourrait être facilité si l'Etat, ne recherchant pas des garanties, souvent illusoires, s'efforçait de mettre au point un texte permettant de traiter à des conditions industrielles.

Si une telle préoccupation devenait dominante, la dualité des cahiers des clauses administratives générales ne pourrait plus être justifiée en considérant seulement le fournisseur.

2° La justification nouvelle de la dualité des cahiers des clauses administratives générales.

D'autres raisons justifient aujourd'hui l'existence de deux cahiers des conditions administratives générales.

Le décret n° 56-256 du 13 mars 1956 prévoit au titre III, et à l'article 39, 1° que des achats sur facture pourront être passés « pour les travaux ou services dont la valeur présumée n'excède pas un million de francs ». Cette valeur a été portée à deux millions de francs par le décret n° 59-167 du 7 janvier 1959.

Il pourrait paraître de bonne administration de relever encore ce chiffre, qui est faible, compte tenu de la dépréciation monétaire, afin de simplifier le travail administratif. L'achat sur facture dispense de la rédaction d'un marché, et même d'un contrat. Le contentieux semble devoir être toujours judiciaire. L'achat sur facture est en effet destiné à simplifier la tâche du service pour les achats courants qui ne requièrent aucune capacité particulière du fournisseur, et aucune clause exorbitante du droit commun,

(16) Position adoptée par le Président de la Sous-Commission des Marchés Industriels, 6 novembre 1950.

(17) Institut de Droit Comparé. Etudes de Finances Publiques. La réforme budgétaire. Tome III : Programmes et marchés publics. Article de M. R. LUCIEN. « L'Etat client vu sous l'angle du fournisseur », p. 131 et sq., notamment p. 137.

qui enfin ne demandent aucune participation du vendeur au service public.

Si le montant limite de deux millions de francs doit être dépassé, l'administration peut contracter dans les conditions du droit privé, en rédigeant un écrit qui sera plus simple et peut-être moins formaliste qu'un marché régi par le droit public.

Mais les problèmes de choix du procédé administratif le plus rationnel ne se posent plus sur le plan de la simplification ni de la seule logique, depuis l'intervention de la loi n° 55-366 du 3 avril 1955 (18). Cette loi dispose en son article 5 :

« Toute action portée devant les tribunaux judiciaires et tendant à faire déclarer l'Etat créancier ou débiteur pour des causes étrangères à l'impôt et au domaine doit, sauf exception prévue par la loi, être intentée à peine de nullité par ou contre l'Agent Judiciaire du Trésor public ».

Ce texte bouleverse l'organisation administrative ancienne sans la remplacer par une construction efficace.

La loi ne règle pas le point capital de savoir à quel titre interviendra l'Agent Judiciaire du Trésor. Ce dernier est-il, pour conduire la procédure, aux ordres du Ministre des Finances ou doit-il suivre les directives du ministre intéressé ? La question est d'importance, parce que si la première solution prévaut, elle revient à retirer à chaque ministre, le Ministre des Finances excepté, la gestion des crédits dont il est responsable. Sans avoir été consulté, ou sans avoir été à même de conduire la défense de l'Etat, le ministre peut être contraint, par une décision judiciaire, à verser des sommes importantes prises sur le budget dont il a la gestion.

La question a été posée par ailleurs de savoir si l'Agent judiciaire était également chargé, de par la loi de 1955, de « ...transiger ou modifier le chiffre de la demande, choisir les arguments juridiques à présenter, ou décider des actes de procédure à faire » (19). La thèse officieuse de l'Agent judiciaire était, dans les premières années qui ont suivi la promulgation de la loi, que le nouveau texte ne changeait pas la pratique ancienne, lui donnant seulement un fondement juridique nouveau. Cette position d'attente ne doit pas masquer que le texte de 1955 dépouille les Ministres d'une part importante de leurs attributions, à moins d'admettre que

(18) Sur cette loi voir « La représentation de l'Etat devant les tribunaux judiciaires », note de jurisprudence par M. WALINE. Revue du droit public 1955, p. 969.

(19) « La représentation de l'Etat devant les tribunaux judiciaires », note de jurisprudence, par M. WALINE. Revue du Droit Public, 1955, p. 969.

l'Agent judiciaire est aux ordres de chacun des ministres. Cette dernière solution peut difficilement conduire à une parfaite harmonie dans l'action de l'Administration, et la loi de 1955 désorganise les cadres traditionnels, sans les remplacer, sans qu'un avantage prouvé en résulte, à seule fin d'accroître les pouvoirs du Ministre des Finances dans un domaine où il est incapable de les utiliser à bon escient.

Le fait et le droit sont en effet mêlés de façon inextricable dans les cas concrets. Seule l'administration qui a suivi l'affaire est à même de connaître les faits d'une manière suffisamment précise et complète, et d'apprécier en toute connaissance de cause la qualification qu'il convient de leur donner. Seul le ministre intéressé peut dire si les faits allégués constituent ou non des errements normaux compte tenu des circonstances de fait, de temps et de lieu, dans lesquelles le service public a dû fonctionner. Seul également ce Ministre est à même d'apprécier si un certain moyen ou système de défense est ou non opportun pour l'exécution ultérieure du service.

Plusieurs systèmes sont concevables pour interpréter la loi. L'on peut admettre que la loi du 3 avril 1955 n'a pour but que d'assurer la représentation de l'Etat devant les tribunaux judiciaires. Elle ne peut avoir pour effet de décharger les différents Ministres de leurs responsabilités et donc de leurs prérogatives. L'Agent judiciaire est donc aux ordres de ces Ministres dans ces instances devant les tribunaux judiciaires. La pratique administrative montre le caractère artificiel de cette construction. L'Agent judiciaire se bornerait alors à recopier le travail fait par les différentes administrations, en y mettant toutefois sa signature qui apparaît comme l'essentiel. Les Ministères se désintéresseraient vite des affaires dont ils ne recevraient plus de nouvelle. A long terme, on noterait une régression sensible de la culture juridique des différentes administrations qui ne connaîtraient pas plus les décisions de justice les concernant qu'elles ne connaissent aujourd'hui la suite réservée aux arrêtés de débet et aux états exécutoires.

Un autre système paraît cependant impossible en pratique. L'Agent judiciaire n'a pas le personnel nécessaire pour absorber le contentieux judiciaire de tous les ministères. Le Ministère des Finances gonflerait-il ses effectifs sans limite pour y parvenir, cette centralisation qui serait la négation de la plus élémentaire division du travail ne serait pas viable.

Aussi, depuis la loi du 3 avril 1955, les services sont-ils incités, sinon à ne plus passer d'achats sur facture qui ne donnent guère

lieu à contentieux, du moins à éviter par tout moyen de passer des conventions de droit privé dès que l'objet revêt une certaine importance.

A cette fin, il est fait systématiquement référence à un cahier des clauses et conditions générales.

Les cahiers relatifs aux marchés industriels, de 1955 ou de 1958, sont complexes et sont destinés à régir des marchés importants et d'une longue durée. Faire référence à ces cahiers pour des fournitures simples serait un facteur de hausse des prix et de complication. Il est nécessaire de pouvoir passer en la forme administrative les contrats de fournitures courantes ; pour cela, il faut posséder un cahier des clauses administratives générales plus simple que le cahier industriel, et même qui soit le plus simple possible. Ce cahier ne devrait contenir que les clauses exorbitantes strictement nécessaires pour justifier la compétence administrative. A défaut d'un tel cahier, on verrait des marchés très simples soumis aux dispositions du cahier de 1955 uniquement pour justifier la compétence administrative. Ce cahier ne serait en fait pas appliqué, et le droit s'écarterait du fait. Il est à craindre que les conventions passées par l'Administration ne soient systématiquement compliquées par des clauses exorbitantes du droit commun du seul fait de l'existence de la loi du 3 avril 1955.

En réalité, l'article 5 de la loi n° 55-366 du 3 avril 1955 a remis en cause de façon détournée, le principe fondamental de l'organisation administrative selon lequel le Ministre représente l'Etat pour une tâche déterminée.

Sur le plan limité de la théorie et de la pratique du droit des marchés passés par l'Etat, la réaction immédiate des services publics aura des conséquences lointaines.

Dans l'immédiat, les administrations font un recours plus large que par le passé aux procédés administratifs et insèrent systématiquement des clauses exorbitantes du droit commun, non pour éviter le contrôle des juridictions judiciaires, mais pour n'être pas empêchées de faire face à leurs responsabilités.

A long terme, le droit administratif peut perdre ses caractères actuels pour devenir le droit de l'Administration dès qu'elle agit, alors qu'actuellement il ne recouvre que certains actes, ceux pour lesquels des procédés exorbitants du droit commun ont été reconnus nécessaires pour parvenir au but, non pour trancher une question accessoire d'organisation administrative.

Pour limiter les effets d'une loi inconsidérée, si l'on n'ose l'abroger, il devient nécessaire de mettre à la disposition de

l'Administration un ensemble de cahiers des charges : un cahier complexe, se situant dans la tradition du droit administratif dans lequel les parties contractantes sont inégales entre elles, mais qui devra néanmoins tenir compte des nécessités de la production industrielle ; un cahier plus simple, mais justifiant néanmoins la compétence de la juridiction administrative, qui palliera l'impossibilité pratique d'utiliser les procédés du droit privé. Ce nouveau cahier ne créera pas de coupure avec le droit privé, et la gestion administrative gardera toute sa souplesse.

En raison des extensions de compétence réalisées par voie législative au profit de l'Agent judiciaire du Trésor public, il est nécessaire, si l'on veut respecter l'autonomie du droit public, de distinguer entre les marchés de fournitures courantes et les marchés industriels, donc d'avoir deux cahiers des clauses administratives générales. Chacun de ces cahiers peut avoir sa place logique dans la construction théorique du droit des marchés publics, mais il ne sera traité ci-après que du cahier applicable aux marchés industriels.

B. — LE CRITÈRE DÉCOULANT DES PRINCIPES POSÉS.

Le rôle ainsi dévolu à chacun des deux cahiers aura une influence déterminante sur le critère qui sera finalement proposé pour les marchés industriels.

Les marchés industriels et le cahier du 7 mai 1958 qui leur est propre n'apparaissent plus comme une exception réservée à des cas particulièrement difficiles ; ils intéressent au contraire l'ensemble des marchés passés par certains services de la Défense nationale et c'est tout un secteur, l'un des plus importants des marchés passés par l'Etat, qui relève maintenant de cette institution.

Le critère qui sera finalement retenu sera donc plus large que ne pouvait le laisser supposer l'avant-propos au commentaire publié en 1955.

Si l'on peut se demander s'il est souhaitable de faire des marchés industriels une catégorie juridique distincte, il faut admettre que, d'une part, le droit positif consacre cette nouveauté, et que, d'autre part, les marchés industriels possèdent un certain nombre de traits communs.

Les marchés industriels peuvent dès lors être définis par la présence de certains caractères dans le contrat administratif, sans

qu'il soit nécessaire que tous ces éléments soient réunis simultanément. Les marchés industriels sont des marchés à caractère technique très poussé, sans d'ailleurs que ce soit exceptionnel ; l'ampleur des moyens mis en œuvre, la longueur des délais d'exécution et les difficultés particulières du financement rendront nécessaire un régime juridique et administratif distinct de celui des marchés courants ; les marchés industriels sont enfin passés dans un milieu économique où la concurrence est limitée, et il est difficile d'assurer l'équilibre des prestations lors de la passation du contrat.

1° *Caractères communs aux marchés industriels.*

Les marchés industriels comprennent des marchés d'études et de prototypes, des marchés de fabrication et des marchés de réparation.

L'objet d'un marché industriel est une fourniture produite par l'industrie, non par l'agriculture ni par l'artisanat. Les marchés industriels sont ainsi propres au travail de laboratoire ou à la production en usine, encore qu'il ne faille pas déduire de ce dernier point que leur domaine soit celui de la grande série.

Le travail est fait à la demande. La fourniture commandée par la collectivité publique qui passe un marché industriel n'existe pas d'ores et déjà dans le commerce, prête à être livrée à l'acheteur. Celui-ci définit dans le marché les caractéristiques de l'objet qu'il fait fabriquer. Les marchés industriels portent en principe sur des fournitures fabriquées sur les plans établis ou approuvés par l'administration (20). Parfois, et ce serait le cas notamment dans un marché d'études, seules les performances désirées sont indiquées, et les conditions techniques que devra remplir la fourniture sont un des éléments de recette ; parfois le marché détaillera en outre les moyens imposés pour parvenir au résultat.

Enfin, les marchés industriels permettent à l'Etat de faire fabriquer par l'industrie du matériel nouveau, souvent placé à la pointe extrême de la technique. Tantôt les marchés industriels permettent de renouveler les méthodes d'une industrie ancienne. Tantôt ils permettent au contraire à une industrie nouvelle de se créer. La

(20) Commentaire, Considérations générales. 5^e alinéa.

construction des coques a été renouvelée par la soudure des charpentes de navires ; l'industrie électronique française a bénéficié, dans ses débuts notamment, d'importantes commandes militaires (21). Les marchés industriels ont ainsi un rôle éminent dans l'économie nationale : les commandes passées par les départements de la Défense nationale sont une source du progrès technique. C'est là une justification du prix élevé payé par l'Etat pour des fournitures qui pourraient revenir à meilleur prix si l'on renonçait à exiger des qualités et des performances tout à fait inhabituelles. Il n'en est pas moins vrai que l'Etat a tendance à exiger des fournitures d'une qualité exceptionnelle, et que, dans certains cas, il serait possible de se contenter d'une bonne qualité courante, notamment lorsqu'il s'agit d'un matériel dont la technique est fixée.

L'ampleur des moyens mis en œuvre pour l'exécution des marchés industriels est par ailleurs très notable.

Ces moyens sont divers. Le titulaire du marché doit avoir su réunir un personnel hautement qualifié à tous les stades de la production dans laquelle il se lance. S'agissant souvent de techniques d'avant-garde, certaines entreprises vaudront par leur bureau d'étude plus que par leur potentiel de production. D'autres au contraire posséderont l'outillage nécessaire, en qualité et en quantité, pour exécuter des travaux de précision, sur des séries de plus ou moins grande importance. Là encore, la qualité du personnel est un facteur essentiel de la réussite ; elle permet malheureusement, dans certains cas, de masquer une insuffisance criante des investissements industriels.

Le capital et les moyens de trésorerie d'une entreprise doivent être à la mesure des marchés industriels. Il ne s'agit pas seulement de construire un matériel connu, mais le plus souvent d'aller au-delà et d'améliorer les résultats obtenus auparavant. Ces difficultés s'ajoutent à l'incertitude qui pèse sur le rythme des commandes liées aux autorisations budgétaires. La trésorerie d'une entreprise qui entreprend des marchés industriels doit être d'une solidité toute particulière. Et l'entreprise courra des risques certains si elle ne veille pas à ne pas dépendre de la seule clientèle de l'Etat ou des sociétés nationalisées.

(21) Ces points ont été développés dans les articles publiés par M. l'Ingénieur général du Génie maritime GIBOIN, M. l'Ingénieur en Chef BARON, M. l'Ingénieur en Chef GARAGON dans une série d'articles publiés dans le numéro 696 du 26 septembre 1958 de la « Vie Française » et consacrés à la Marine Nationale et à son importance dans la vie économique et industrielle.

Les marchés industriels sont enfin des marchés de longue durée : c'est une conséquence de leur complexité, et donc de la longueur du processus de production. Ils connaissent des difficultés de financement. De tradition, les ministères militaires accordaient aux industriels, spécialement dans l'aéronautique, un financement libéral de leurs marchés. Le fournisseur, si solide soit la trésorerie de son entreprise, doit veiller à ne pas se charger au-delà de ses possibilités financières, sous peine d'être contraint à déposer son bilan. Cependant, ni en 1955, ni en 1958, le cahier des clauses administratives générales n'a pu faire œuvre originale : Le décret n° 53-405 du 11 mai 1953 est un texte impératif dont il est difficile de s'écarter. Libéral dans l'esprit de ses rédacteurs, ce décret a cependant été en recul par rapport à certaines pratiques administratives. Trop récent, il a empêché qu'un mode propre de financement des marchés industriels ne soit constitué. Sur ce point, le droit écrit a contribué à figer une matière que les nécessités de la production auraient conduit à faire évoluer très rapidement.

Les marchés industriels sont par suite des marchés dans lesquels la concurrence est limitée, et où il est difficile d'assurer l'équilibre des prestations.

Ces marchés sont passés dans un milieu économique où peu de concurrents peuvent disposer des moyens financiers et techniques nécessaires à la bonne exécution du marché. Des tentatives pour élargir la concurrence sont faites périodiquement. Il arrive qu'elles se traduisent par un échec, lorsqu'un fournisseur, ayant sous-estimé les charges d'un marché industriel, est incapable de livrer les fournitures, ce qui, en définitive, revient très cher à l'Etat.

Parfois, la concurrence est peu développée ; elle cède enfin place, en certains cas, à des ententes rigoureuses sur le prix ou sur les produits, et qui peuvent aller jusqu'à une répartition occulte des commandes.

Pour toutes ces raisons, les marchés industriels ne peuvent être attribués qu'au libre choix de l'Administration, ce qui est aujourd'hui admis par le décret n° 56-256 du 13 mars 1956. Il ne suffit pas de regarder le résultat du dépouillement des offres pour obtenir le prix le plus convenable, compte tenu de tous les éléments susceptibles d'être pris en considération. Il est particulièrement difficile dans un marché industriel d'assurer l'équilibre des prestations réciproques.

Les événements imprévus qui troublent l'harmonie de l'exécution du marché font l'objet, de la part des industriels, de demandes d'actes additionnels, d'avenants au contrat initial. Le danger de cette pratique est qu'elle tend à transférer à l'Etat tous les mauvais risques de la production industrielle. A l'opposé, les fournisseurs craindront que des clauses léonines ne soient insérées par l'Administration soucieuse de ne pas prendre des risques dans un domaine qui échappe à son propre pouvoir de décision, et donc à sa responsabilité.

Il est donc nécessaire de rechercher, de définir une théorie nouvelle des marchés qui rétablisse un partage honnête et non pas léonin des risques, si du moins l'on admet que ce partage harmonieux n'est pas déjà réalisé.

La limitation de la concurrence implique que le prix sera difficile à définir, l'Etat cherchant à ne pas payer des sommes excessives pour les fournitures qu'il commande. Le prix sera donc négocié : les marchés industriels sont généralement des « marchés négociés » ou des « marchés sur devis ». L'article 35 relatif à l'« établissement du prix » est propre au cahier industriel.

Il y a « négociation » ou « marché négocié », « chaque fois que l'Administration ne se soumet à l'avance à aucune procédure d'attribution du marché après dépouillement d'offres effectué d'une manière plus ou moins formaliste, mais se propose au contraire d'entamer *librement* les tractations qui lui paraîtront utiles avec un ou plusieurs fournisseurs possibles » (22).

Cette définition est particulièrement vraie lorsqu'il s'agit d'un marché passé de gré à gré. Les marchés sur appel d'offres ne sont plus aujourd'hui des marchés négociés, dans la mesure où l'article 28 du décret n° 56-256 du 13 mars 1956 interdit à l'Administration de revenir sur le prix qui découle des offres (23). En fait, l'article 28 excepte de cette interdiction le cas où des offres ont été équivalentes, tous éléments considérés. En ce cas, l'Administration peut discuter avec les candidats et leur demander de présenter de nouvelles offres.

En pratique, les offres seront considérées comme équivalentes lorsque le plus bas prix ne coïncidera pas avec la solution techniquement la meilleure, et lorsque l'Administration hésitera, en conséquence, à traiter avec l'un ou avec l'autre. Il est alors pos-

(22) Commission mixte des marchés de la Défense Nationale, 17^e séance, 23 juin 1953.

(23) Sur ce point, cf. A. de LAUBADÈRE. La nouvelle réglementation des marchés de l'Etat. Revue du Droit Public et de la Science Politique 1958, p. 5, notamment pp. 12 et 13.

sible en ce cas de discuter à nouveau, de négocier vraiment le prix et les diverses clauses du marché. Cette négociation sur le prix se fait à partir d'éléments que l'Administration trouve dans les offres au fournisseur et au cours de ses enquêtes.

Les marchés industriels sont en effet des « marchés sur devis ». C'est là quelque chose d'essentiel, selon le Président de la Sous-Commission des marchés industriels : « ...le cahier dont la rédaction est actuellement en cours, est spécifiquement industriel, le prix du marché étant basé sur un devis... » (24). L'article 35 du Cahier précise que « si l'Administration le demande, les offres doivent être accompagnées d'un devis... » ; « Ce devis comporte tous les éléments nécessaires à l'évaluation du prix de revient de chaque sous-ensemble... ».

En fait, l'Administration demande de plus en plus fréquemment la production de devis permettant d'analyser le prix demandé par l'industriel. Les devis de prix posent du reste des problèmes complexes qui seront étudiés en détail ultérieurement.

2° *Le critère des marchés industriels.*

Les caractères originaux des marchés industriels, technicité, ampleur des moyens de toute nature mis en œuvre pour l'exécution des obligations contractuelles, concurrence limitée et difficulté d'assurer l'équilibre des prestations permettent de définir un critère de ces marchés.

Les marchés industriels sont ceux qui mettent l'administration en face des problèmes de la production industrielle des biens mobiliers et de la vie industrielle.

La production industrielle, la vie industrielle s'opposent à l'activité commerciale et doivent être largement entendues ; elles englobent les études préalables, la création et les essais des prototypes qui conditionnent la fabrication d'un matériel utilisable ; elles comprennent enfin la production en série, l'entretien et la réparation du matériel définitif.

L'objet du marché industriel est une fourniture ou une prestation de service ; ce n'est pas un travail public. Dans le marché industriel, l'Administration s'intéresse au fournisseur pris en sa qualité de producteur alors que dans les marchés de fournitures courantes, elle s'adressait à un commerçant ou à un industriel dont elle ne voulait connaître que l'activité commerciale.

(24) Sous-commission des marchés industriels. 50^e séance, 24 juin 1952.

Dans les deux cas, l'attitude de l'Etat est fondamentalement différente : il est relativement facile, dans un marché de fournitures courantes, de se rapprocher de la lettre du contrat ; dans les marchés industriels au contraire, la fourniture ne peut être considérée indépendamment des possibilités concrètes de réalisation. Le marché industriel est ainsi non seulement une obligation de résultat ; il est également une obligation de moyens ; mais il arrive que le service contractant définisse lui-même, en partie ou en totalité, les moyens qui devront être mis en œuvre, par exemple le recours à tel procédé technique de préférence à tel autre ; ; cette imbrication rend difficile l'analyse des responsabilités réciproques des contractants et inextricable le problème de savoir qui doit supporter le coût des modifications nécessaires.

Le marché industriel met l'administration en face des problèmes de la vie industrielle, notamment des problèmes humains. L'entreprise privée met ses moyens, mais aussi son personnel, au service de l'Administration en vue de parvenir à un certain but. Il s'agit là d'un travail en commun qui se voit notamment dans les marchés d'études et de prototypes, ainsi que dans les marchés pour la fourniture d'appareils améliorés par rapport aux commandes antérieures. En pareil cas, un marché de prestations de services coexiste, dans le marché industriel, avec le marché de fournitures, mais les services sont réciproques, et les ingénieurs de l'Etat apportent leur concours, parfois décisif, à la conception ou à la mise au point du matériel.

L'Administration est amenée également à prendre connaissance de problèmes qui touchent à la gestion interne des entreprises : elle définira un outillage, elle proposera — avec bien des moyens pour l'imposer — une politique d'investissements et veillera à ce que le financement en soit assuré, elle connaîtra la compétence technique des bureaux d'études et étudiera les bilans pour se faire une idée de la capacité financière des sociétés. Cette activité, qui n'est pas tellement éloignée de celle que peut connaître une banque d'affaires, est un élément essentiel dans le choix des fournisseurs appelés ou choisis lors de la préparation des marchés importants qui seuls justifient la mise en œuvre d'un tel arsenal.

Le critère des marchés industriels est donc tiré de la nature de ces marchés ; il ne doit pas l'être du régime juridique qui n'est que la conséquence des traits fondamentaux de ces marchés. C'est ainsi qu'il n'a pas été possible de retenir l'exercice d'un contrôle comptable comme le critère des marchés industriels. Un tel con-

trôle n'est pas de droit dans les marchés industriels et il faut, pour qu'il s'exerce, soit qu'une disposition légale expresse en décide ainsi, soit qu'une clause contractuelle du marché le prévoie et l'autorise. La présence des obligations comptables suffirait-elle à prouver que le marché où on les rencontre est un marché industriel, ce qui n'est pas certain, de leur absence, on ne peut inférer que le marché doit prendre une autre qualification.

De même, si le rapport de présentation du Cahier de 1955 a cru pouvoir déclarer que « l'un des meilleurs critères des marchés industriels réside dans l'exercice, par l'Administration, d'une surveillance permanente des fabrications au cours de leur exécution », l'on doit bien constater que l'article 43 du Cahier des fournitures courantes prévoit la surveillance en usine de l'exécution du marché. Même si l'on rappelle que des critiques ont été faites, dans les organes de travail de la Commission mixte des marchés de la Défense nationale, contre cette possibilité et que la suppression de l'article 43 a été demandée, il faut bien admettre que le critère tiré de la surveillance en usine n'est pas pleinement satisfaisant. Si poussée soit-elle, la surveillance ne saurait être effectivement continue, ne serait-ce que faute de personnel ; si la permanence de la surveillance s'entend comme celle de la faculté d'exercer certains contrôles inopinément, par sondage ou d'une manière plus complète, il est difficile de chercher un critère dans une simple virtualité et non dans des faits qui existeraient dans tous les marchés considérés.

Il est impossible de voir un critère des marchés industriels dans un élément aussi nuancé que la surveillance en usine. Ces marchés existent également à l'étranger, qu'ils soient ou non clairement distingués des autres contrats, et le critère des marchés industriels doit donc être indépendant de toute particularité du droit administratif français, donc de toute procédure nationale, si importante qu'elle puisse être. Or à l'étranger, la surveillance des marchés en usine, si elle existe, est exercée selon des modalités très différentes de celles qui existent en France, notamment en ce qui concerna la continuité de son exercice, également sur le point capital de la place à faire aux opérations de recette et à celles de la surveillance de la fabrication. Un critère des marchés industriels ne doit pas se fonder sur des éléments aussi divers d'un système juridique à un autre.

La surveillance en usine apparaît comme une conséquence de la nature des marchés industriels, et comme un élément de leur régime juridique. Ce n'est pas dans le régime juridique des mar-

chés industriels qu'on pourra trouver le critère de ces marchés, mais il n'en est pas moins fort important d'étudier ce régime juridique qui permet de montrer l'évolution subie par le droit des marchés publics au contact de la réalité industrielle.

Par son existence même, un régime juridique particulier consacre, au delà de l'affirmation contenue dans les textes réglementaires, les marchés industriels comme une catégorie juridique distincte, susceptible d'évoluer selon ses besoins propres. Une institution nouvelle est apparue. La dualité classique des marchés de fournitures et des marchés de travaux publics est ainsi remise en cause, dans la mesure où les marchés industriels forment un groupe à part, d'une importance comparable aux deux autres, et qui est régi par des règles propres.

Si ces règles se sont inspirées à la fois des précédents des marchés de fournitures et de ceux des marchés de travaux publics, le régime juridique des marchés industriels aura vraisemblablement une unité fondée sur la nature même des difficultés à résoudre, qui sont annoncées par le critère qui vient d'être adopté.

Ce critère présente le mérite de faire entrevoir à quoi doit répondre l'institution des marchés industriels. Il permet également de ne pas se borner à l'étude des marchés industriels déjà reconnus comme tels et soumis au cahier propre à ces marchés particuliers, mais de regretter que certains marchés soient soumis par une clause contractuelle au cahier applicable aux fournitures courantes, alors que toutes les conditions de fait caractérisant un marché industriel se trouvent réunies.

Le critère retenu n'en est pas critiquable pour autant, car, en fait, un mouvement se dessine pour supprimer du cahier applicable aux marchés de fournitures courantes des clauses qui n'y ont pas leur place, les articles traitant de la surveillance en usine, de la propriété industrielle et notamment de tout le titre VI qui traite des marchés d'études et de prototypes, d'autres articles éventuellement. Les marchés pour lesquels ces clauses seraient nécessaires seraient alors soumis au cahier applicable aux marchés industriels.

Les « marchés industriels » ne sont actuellement connus dans la réglementation que par les départements militaires. Mais d'autres administrations connaissent les mêmes problèmes industriels, le Ministère des Postes et Télécommunications, le Ministère de l'Intérieur, le Commissariat à l'Energie Atomique, les sociétés nationalisées également. L'institution des « marchés industriels » est récente ; elle s'est dégagée peu à peu et a conquis son autono-

mie sans avoir pu, jusqu'à présent, appliquer ses règles à l'ensemble des marchés qui en relèvent par nature et qui répondent au critère précédemment défini. Ceci ne semble pas être un obstacle à une étude des marchés industriels qui s'efforcera de dégager les principes qui régissent ces marchés.

Le cahier industriel apparaît en effet comme un texte de principe. Il faudra toutefois tenir compte de la pratique administrative et d'autre part des lois et règlements qui existent en dehors du cahier. Mais un nouveau cahier des clauses administratives générales se doit d'exprimer les tendances les plus récentes de l'évolution du droit des marchés. A travers ce cahier, ce sont donc les rapports entre les industriels et l'Etat qui peuvent être étudiés, notamment pour rechercher si, en travaillant pour l'administration, les industriels peuvent produire dans des conditions convenables du point de vue économique, et en fonction de l'intérêt général.

CHAPITRE II

Les influences subies par la réglementation des marchés industriels

Les marchés de fournitures sont très divers. Ce caractère hétérogène a gêné la formation d'une théorie de ces contrats qui fût aussi achevée que celle des marchés de travaux publics. Mais inversement, les marchés de fournitures ont pu s'ouvrir largement aux influences extérieures.

Dans le cas particulier des marchés industriels, la pratique qui a précédé les textes, puis les textes eux-mêmes, ont su prendre à certains droits étrangers des éléments qui, modifiés et aménagés pour entrer dans le milieu juridique, administratif et économique français, ont réussi à se fondre dans les règles classiques des marchés publics.

Sur ce point, la pratique et la théorie ont joué chacune un rôle dans l'évolution du droit positif. Il convient de signaler cette influence étrangère sur le droit public français qui a, de son côté, su faire prévaloir nombre de ses solutions originales au delà des frontières nationales.

Mais bien évidemment, ce n'est pas à l'étranger seulement que les marchés industriels ont puisé leur inspiration. Pour résoudre les problèmes posés par l'évolution technique et industrielle, des solutions ont été cherchées dans d'autres secteurs du droit administratif français. Les marchés de travaux publics, bien connus des rédacteurs du cahier, ont inspiré dans la forme tout au moins les solutions adoptées pour les marchés industriels.

Il ne convient pas de chercher l'origine de l'influence du droit des travaux publics dans la réforme du contentieux administratif réalisée par le décret du 30 septembre 1953. Bien avant cette date, et dès 1950, les caractères des marchés industriels qui se rapprochent des règles applicables en matière de travaux publics avaient été exposés devant la Commission mixte des Marchés de la Défense nationale (1).

Enfin, c'est dans le cadre des départements militaires que les marchés industriels ont acquis leur autonomie. La réglementation de ces marchés et, dans une mesure à préciser, la pratique ont subi les incidences des problèmes propres à la Défense nationale.

L — Les influences étrangères.

1° La nécessité d'un renouveau.

La fin de la guerre de 1939-1945 a laissé les ministères militaires dans un état qui rendait nécessaire une profonde réorganisation. Sur le plan de la réglementation des marchés publics, les textes anciens étaient largement périmés ; si le droit français ne connaît pas l'abrogation par désuétude, un certain nombre de règles étaient transgressées lorsqu'elles ne répondaient plus aux besoins de l'heure.

Une refonte fondamentale de la matière s'imposait, et s'est imposée plus vivement lorsque les départements militaires ont pu, à nouveau, passer à l'industrie des commandes de prototypes puis de fabrications de série.

Il fallait créer l'instrument administratif régissant les marchés de fabrication. Les exemples tirés du passé ne suffisaient plus. L'effort d'armement s'étageant de 1936 à 1940 était déjà ancien ; les textes les plus intéressants, comme le décret-loi du 2 mai 1938 et le décret du 19 mars 1939 sur le financement des marchés étaient intervenus trop tard pour qu'il puisse être jugé en parfaite connaissance de cause de leur adaptation à un effort de réarmement ; d'autres textes, comme le décret-loi du 27 mai 1940 destiné à accélérer les fabrications pour l'Armée de l'Air, étaient encore plus marqués par ce dernier défaut.

(1) Cf. Projet de Cahier des Charges, présenté le 10 juillet 1950 par le Contrôleur RIDEAU, rapporteur, notamment article 33.

Cependant ces textes, et ceux sur le financement en particulier, ne répondaient plus aux demandes des industriels. Au reste, des problèmes totalement nouveaux, pour lesquels on ne pouvait trouver que difficilement des précédents, devaient être résolus dans les délais les plus brefs : organiser la fabrication industrielle en série d'avions modernes ; créer l'industrie, nouvelle en France, de l'électronique. Dans cette tâche, la réglementation des marchés avait son rôle à jouer, mais elle devait être rénovée.

Dès 1946, la Direction technique et industrielle de l'Aéronautique a publié un cahier provisoire des conditions administratives spéciales aux marchés pour la fourniture, la transformation et la réparation de matériels aéronautiques (2). Ce cahier annulait et remplaçait deux cahiers plus anciens. Les autres services devaient suivre cette voie.

2° Les influences étrangères.

Mais rien dans la tradition des marchés de fournitures ne permettait de définir les limites qu'il convenait de respecter. En matière de financement, le libéralisme du ministère de l'Air contrastait, dans les marchés passés à l'industrie aéronautique, avec la sévérité des clauses du cahier provisoire. Ce contraste ne renferme pas d'ailleurs de contradiction, le libéralisme en matière financière se comprenant d'autant mieux dans l'optique de l'Air que les industriels sont plus étroitement assujettis aux directives ministérielles.

La difficulté rencontrée pour définir des limites est simplement le signe du caractère inachevé de la règle et de la théorie des marchés industriels à l'époque.

Aussi le terrain était-il préparé pour accueillir des idées nouvelles, à un moment où certains exemples extérieurs étaient présents à tous les esprits.

Ni l'Allemagne, ni l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques n'ont fourni un modèle. L'Allemagne sortait de la guerre. En Union Soviétique, il est difficile d'obtenir des renseignements sur la passation et l'exécution des marchés intéressant la Défense Nationale. De plus, il faut tenir compte de la structure économique de l'U.R.S.S. et les enseignements éventuellement recueillis auraient eu sans doute une valeur plus grande dans les rapports de l'Etat avec le secteur nationalisé qu'avec les entreprises privées.

(2) *Bulletin Officiel de l'Air*, 1946, page 451. Cahier dit « Norme Air 1713 ».

C'est donc vers les pays anglo-saxons que l'attention s'est portée.

L'effort de guerre allié avait été, entre autres choses, une immense réussite industrielle et, en Grande-Bretagne comme aux Etats-Unis, le problème des commandes de matériel de guerre avait été sérieusement étudié et mis au point.

Cependant, il n'y a pas eu d'influence notable du droit anglais des marchés. En effet, ce droit est paradoxalement imbu de l'idée de l'inégalité des parties en cause : il est comme teinté de droit public, au sens français du terme, bien qu'en principe le droit administratif soit inconnu en Angleterre. C'est ainsi que la réglementation générale prédomine sur la volonté des parties : l'essentiel est d'assurer l'exécution du service ou de la fourniture, et ceci implique des pouvoirs de commandement très fermes, dont dispose l'Administration. Mais sur tous ces points, le droit français est achevé ; les analyses ont été poussées très loin, par la jurisprudence comme par la doctrine ; l'évolution du droit français a été très profonde et il semble parfois que le droit anglais en soit encore à un stade aujourd'hui dépassé en France, le respect de la lettre du contrat par exemple. Dans cette mesure, il était difficile de trouver en Grande-Bretagne des exemples à imiter, encore que cela ne soit pas impossible à qui connaît bien l'industrie britannique (3).

D'autre part, le droit anglais est très différent du droit français, et ses originalités, qui sont liées à la structure même des systèmes juridique et judiciaire, sont difficiles à transposer en droit français, et sont même de peu d'enseignement. C'est ainsi qu'il n'y a pas de juge du contrat, et qu'en cas de contestation entre le fournisseur et la Couronne, l'arbitrage est obligatoire. De même, seul le contractant, fournisseur ou entrepreneur, est responsable, car la Couronne est irresponsable, et le titulaire du marché n'est pas « incorporé à la Couronne ». Le droit britannique en tire la conséquence que la procédure en défense est conduite par le titulaire du marché, ce qui n'est pas sans inconvénient dans un système de droit où certains tribunaux sont soumis à la règle du précédent.

Mais ces particularités du droit anglais ne semblent pas susceptibles de s'intégrer dans le système juridique français.

On a voulu voir une influence anglaise dans le désir de certains de rendre plus contraignantes les dispositions du nouveau cahier

(3) Cf. l'article de M. R. LUCIEN, « L'Etat client vu sous l'angle du Fournisseur », *Etudes de Finances Publiques*, Tome III, op. cit. p. 141.

des clauses administratives générales : en droit anglais en effet, les conditions générales ont une force réglementaire et prévalent sur les clauses particulières du contrat. Nous verrons ultérieurement (4) qu'une autre explication peut être trouvée à cette tendance, nouvelle en droit administratif français.

De nombreuses missions envoyées aux Etats-Unis ont permis de mieux connaître la façon dont l'administration fédérale de la Défense passe ses marchés industriels. Le Président de la Commission mixte des marchés de la Défense Nationale (5), et le Président de la Sous-Commission relative aux marchés industriels ont pu recueillir sur place des informations. D'autres renseignements ont été apportés par les différents délégués, et la Commission mixte a pu disposer d'une information large, récente et concrète.

Ainsi l'influence du droit américain a-t-elle été certaine sur le Cahier de 1955. L'importance accordée aux marchés à prix provisoire et aux clauses de renégociation, l'importance donnée aux marchés sur devis, le désir d'étendre les contrôles comptables et les contrôles en usine rappellent certains traits du droit américain.

Mais cette influence est incomplète. Si les solutions américaines ne supposent plus nécessairement la concurrence, elles se fondent sur un état d'esprit qui n'existe pas en France.

L'idée de défense nationale, dans l'opinion publique américaine, a une importance telle que les industriels redouteraient de paraître ne pas accorder aux commandes militaires la place de tout premier ordre qui leur revient. Une campagne de presse, contre un industriel qui ne ferait pas des efforts suffisants pour aider la défense nationale causerait à cet industriel un dommage considérable. L'Administration américaine en retire une grande force.

Elle possède, par ailleurs, les moyens matériels nécessaires à sa politique des marchés. Jamais les services français correspondants ne pourront disposer d'un nombre comparable d'agents pour négocier les marchés, en surveiller l'exécution et en contrôler les résultats.

Enfin, les fonctionnaires américains ont une large liberté d'appréciation. Non que les règlements soient absents : une séparation très nette existe entre les marchés passés avec concurrence,

(4) Chapitre II, § III.

(5) Cf. l'article de M. PAULHAC, contrôleur général de l'Armée, « Procédures Administratives et Financières de l'exécution du Programme de Défense aux U.S.A. », Etudes de Finances Publiques, tome III, op. cit. p. 45.

et les marchés négociés. Ceux-ci, dont la passation est le plus difficile, font l'objet de nombreuses instructions de service. « Toutes ces prescriptions se présentent sous la forme de directives très générales dont le but est de rappeler à l'Administration les éléments à considérer pour chacune des questions qu'il peut avoir à résoudre. La responsabilité des agents est ainsi plus facile à mettre en jeu lorsque le dossier de l'affaire révèle qu'un facteur important de décision a été délibérément négligé » (6). Une telle conception est évidemment assez loin du système hiérarchique connu dans l'Administration française.

Ainsi, ce n'est pas à une introduction globale du droit américain que l'on a assisté, mais à une adaptation de certaines des institutions de ce droit aux besoins et au caractère propre du droit français des marchés.

Le Cahier industriel donne une importance toute particulière à la fourniture des devis ; la négociation des marchés, et des éléments du prix demandé, apparaît à certains comme une garantie plus sérieuse, dans l'économie actuelle, que la concurrence, même lorsque le marché est passé sur appel d'offres.

Ce cahier, par ailleurs, s'efforce d'étendre le champ d'application des contrôles comptables et des contrôles en usine.

Enfin, une certaine extension de l'institution des marchés à prix provisoires et des lettres de commandes, déjà prévus par l'article 24 du décret du 6 avril 1942, aujourd'hui remplacé par l'article 36 du décret n° 56-256 du 13 mars 1956, est réalisée par l'article 6 du Cahier, et surtout par le commentaire.

Par tous ces traits, l'évolution du droit français des marchés industriels se fait dans le sens de celle du droit américain, mais en apportant les aménagements nécessaires aux institutions étrangères : la redétermination du prix reste un procédé exceptionnel, les contrôles sont limités, faute d'un personnel suffisant. Par contre, l'exigence des devis se répand malgré la répugnance de certains industriels à livrer le « secret » de leurs affaires.

L'influence étrangère a permis ainsi de hâter une évolution commencée avant la guerre, qui s'était partiellement exprimée dans le décret de 1942, mais qui reste dans la ligne du droit administratif français.

(6) Commission mixte des marchés. Procès-verbal de la 13^e séance, 5 juin 1952.

II. — L'influence des marchés de travaux publics.

L'évolution économique rapproche les marchés de fournitures des marchés de travaux publics ; et le droit moderne a vu des catégories juridiques nouvelles s'esquisser à la frontière de ces deux types de marchés publics.

A. — L'OPPOSITION ENTRE LES MARCHÉS DE FOURNITURES ET LES MARCHÉS DE TRAVAUX PUBLICS.

A l'origine, tout oppose les marchés de fournitures aux marchés de travaux : la nature de la prestation demandée et le régime juridique applicable (7).

Les marchés de travaux soumettent l'entrepreneur à l'autorité de l'Administration qui peut, par les « ordres de service », diriger l'organisation du chantier et la conduite des travaux. En contrepartie, la responsabilité de l'entrepreneur disparaît, dans une large mesure, en même temps que sa liberté. L'industriel ou le commerçant titulaire d'un marché de fournitures est libre de mener à son gré son entreprise ; il sera jugé sur le résultat, sur la présentation en recette, au jour fixé, au prix fixé, des produits conformes en quantité et en qualité aux spécifications du marché. Si le droit des travaux publics paraît plus sévère, il est en réalité plus nuancé que celui des marchés de fournitures classiques, pour tenir compte des innombrables données de fait.

Ces différences s'expliquent et se justifient parfaitement à l'époque :

La durée des marchés de travaux publics est en moyenne plus grande que celle des marchés de fournitures. Les entrepreneurs travaillant sur un chantier et un terrain dont ils ignorent les caractéristiques, alors que le fournisseur travaille sur des matières premières homogènes et qu'il a choisies, ou se borne à acheter pour revendre. Les risques ne sont pas du même ordre : les imprévus d'une opération de travaux publics peuvent avoir une grande importance par rapport au montant du marché, alors que les aléas industriels, pour les fournitures simples, peuvent être évalués

(7) Voir l'article de M. LAMSON, Les marchés industriels, R.P.D.A. 1955. Chronique p. 126.

avec une certaine précision ; dans certains cas enfin, le fournisseur ne fabrique rien par lui-même et se procure dans le commerce les objets qu'il doit livrer.

B. — LES RAPPROCHEMENTS ENTRE LES MARCHÉS DE FOURNITURES
ET LES MARCHÉS DE TRAVAUX PUBLICS.

1° *L'évolution économique et technique.*

L'évolution industrielle a rapproché les marchés de fournitures des marchés de travaux publics. Il faudrait remonter aux origines de la révolution industrielle en France pour saisir les prémisses de l'évolution qui transforme le fournisseur aux Armées, un commerçant et un spéculateur, en un fabricant qui s'attache d'abord à la production.

La nature des travaux change ; il s'agit d'une fabrication, non d'un commerce. Le travail devient de plus en plus complexe ; il réunit des études scientifiques de recherche puis de sciences appliquées, des études juridiques, liées aux précédentes, et dirigées vers les questions de propriété industrielle et de brevets d'invention. Le travail industriel proprement dit est précédé des opérations commerciales d'approvisionnement ; les essais et les travaux d'entretien font enfin partie de la fourniture. La durée des travaux augmente à la mesure de la complexité des opérations nécessaires, et se rapproche de celle des marchés de travaux publics. Corrélativement, la structure des entreprises qui prennent des marchés de fournitures change profondément.

La notion de recette de la fourniture se diversifie, se complique et s'enrichit. Il est devenu impossible de se borner à prononcer la recette du matériel commandé au moment de la livraison, en raison des risques financiers qui seraient courus par la collectivité publique aussi bien que par le fournisseur. La recette comprend une série d'opérations échelonnées, réparties au cours de la fabrication, et qui impliquent l'existence d'une surveillance en usine.

Le marché n'est donc plus seulement une obligation de résultat ; il est devenu en outre une obligation de moyens. Par ce trait, il se rapproche encore des marchés de travaux publics. Mais l'Administration n'a pas, en principe, la direction des travaux ; il y a là une opposition fondamentale avec le droit des travaux publics. Les exemples, qu'on peut facilement trouver, où l'Administration exerce une tutelle étroite sur ses fournisseurs ne constituent qu'une exception. L'obligation de moyens, dans les marchés

industriels, ne fait que s'ajouter dans la plupart des cas à l'obligation de résultat. Cette dernière est l'essentiel et s'exprime dans les spécifications techniques définissant les conditions auxquelles doit satisfaire le matériel pour être admis en recette. Certains marchés mettent toutefois l'accent sur l'obligation de moyens : il peut s'agir de marchés d'études ou de prototypes dans lesquels des spécifications techniques ne peuvent encore être précisées.

Mais la complexité des marchés de fournitures a fini par supprimer dans certains secteurs de la vie économique la concurrence. Or la théorie ancienne supposait cette concurrence. Certaines sanctions contractuelles, comme l'achat aux frais et risques, supposent dans une large mesure une réelle concurrence. Le cahier des clauses et conditions générales du 21 novembre 1932 tenait compte de différents aspects de l'économie en une période de transition. A côté de l'idée de concurrence, il prévoyait en détail la surveillance en usine qui permet de juger la qualité du travail et de réunir les éléments de base indispensables pour choisir un fournisseur après un appel d'offres.

2° Les marchés de réparation.

La nécessité de s'évader de la tradition trop rigide des marchés de fournitures s'est fait sentir très vite dans un domaine particulièrement difficile, celui des marchés de réparation, auxquels une place à part doit être réservée.

Le réparateur ignore le degré d'usure exact du matériel qui lui est remis. Le coût des réparations s'élève vite ; il peut même dépasser la valeur du remplacement du matériel. A côté des aléas normaux, contre lesquels l'industriel peut se couvrir, par exemple par une politique d'approvisionnement, le marché de réparation fait place à l'inconnu ; les expertises et les sondages effectués pour établir le devis des réparations ne peuvent être qu'approximatifs. Aussi, l'Etat se réserve volontiers le droit de diriger dans le détail l'activité du réparateur (8). Le marché de réparation est rarement passé à prix ferme, mais il indique comment les prix seront établis, que le marché soit en régie, sur série de prix ou à prix provisoire unique. Ce n'est qu'exceptionnellement que le prix sera forfaitaire et global.

(8) Voir le chapitre IX du Règlement Air 1713, en notant l'interprétation qui en est donnée par la Direction Technique et Industrielle qui dirige de très près l'activité du réparateur.

Le Règlement Air 1713 a ainsi défini dès 1946 le régime juridique d'un certain type de marchés industriels, les marchés de réparation, dans lesquels le fournisseur est tenu en tutelle étroite, et où l'on trouve de nombreux caractères communs avec les marchés de travaux publics.

3° *Les formes nouvelles de marchés.*

Des formes nouvelles de marchés sont apparues. Sur leur nature juridique les auteurs ont pu s'interroger. Si leurs caractères étaient hétérogènes, fallait-il pour autant créer une catégorie juridique qui soit intermédiaire entre les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures industrielles ou courantes ?

Les marchés passés par l'Etat pour assurer le renflouement des épaves qui encombraient les plans d'eau des rades et les chenaux de navigation ont fourni des exemples de marchés mixtes, qui se sont modelés étroitement sur les circonstances économiques du moment, sans souci excessif de respecter les cadres institutionnels préexistants.

En temps normal, le renflouement est une prestation de services, et le contrat revêt des formes traditionnelles, le contrat en régie contrôlée, avec ou sans primes de bonne exécution ou de rapidité du travail, le contrat passé à forfait, avec un bénéfice important, le contrat « *no cure, no pay* », contrat aléatoire où le risque de perte, mais aussi le risque de bénéfices, sont importants (9).

La formule « *no cure, no pay* » n'a pas été retenue par la Commission Interministérielle des Renflouements, après la guerre (9) ; les renflouements étaient nombreux et le bénéfice accordé pour une opération réussie ne devait pas être calculé de façon à amortir un matériel qui, en temps normal, serait resté inutilisé pendant des mois. Au surplus, le caractère aléatoire du contrat de renflouements disparaissait quand il devenait nécessaire de réussir, coûte que coûte, l'opération entreprise.

Aussi, la Commission Interministérielle préconisa-t-elle « les marchés en dépenses contrôlées sans bénéfice et avec prime, qui incitaient les entreprises à travailler rapidement pour faire le plus

(9) Sur ces points, voir : J. BROCARD, L'épave de navire et son renflouement. Thèse pour le doctorat en droit, Paris, 1950.

de renflouements possible en un temps donné, puisque seule l'opération finale sur chaque épave était avantageuse » (10).

Les marchés en dépenses contrôlées furent remplacés par des marchés passés partie à forfait, partie en régie, lorsque le volume des renflouements à effectuer commença à diminuer (11).

Enfin, les crédits de renflouement s'amenuisant, les contrats furent passés sous la forme de marchés de renflouement-vente. Ces derniers marchés sont particulièrement riches de signification.

LES MARCHÉS DE RENFLOUEMENT-VENTE.

Les marchés de renflouement-vente dérogent aux règles administratives et financières de la comptabilité publique et du domaine de l'Etat. Le Ministre des Finances avait autorisé la Commission Interministérielle des Renflouements, installée au Ministère de la Marine et instituée par l'arrêté du 12 mars 1945 (12), à recourir à des procédures exceptionnelles, pour des périodes de temps limitées (13). Ces autorisations, plusieurs fois reconduites, ont prolongé jusqu'au 31 décembre 1951 la période de temps où il était possible de passer des marchés de renflouement-vente.

La procédure des marchés de renflouement-vente d'épaves maritimes permettait d'exonérer les services techniques, du Ministère de la Marine notamment, de l'obligation de supporter le coût des travaux de renflouement jusqu'à concurrence de la valeur des produits de récupération abandonnés à l'entreprise (14). Les matières récupérées n'étaient pas remises — comme l'eût voulu le décret-loi du 28 février 1940 alors en vigueur — au Service des Domaines qui les eût vendues au profit du Trésor, mais étaient cédées à l'entreprise effectuant le relèvement de l'épave en compensation d'une partie des frais de renflouement.

La règle actuelle (15) qui veut que, dans un marché de conversion, l'Administration doit payer une soulte positive au fournisseur était déjà respectée dans les contrats de renflouement-vente.

(10) Rapport au Comité consultatif de règlement amiable des marchés de la Marine, du 8 mars 1958, par l'Ingénieur en chef JULLIAND.

(11) Rapport du 8 mars 1958, précité.

(12) Pris en application de l'Ordonnance du 11 décembre 1944.

(13) Circulaire n° 965 de la série générale du 25 septembre 1946 (n° 1107) du Directeur général de l'Enregistrement des Domaines et du Timbre.

(14) Lettre du 24 mars 1952 du chef du Service des Domaines au Secrétaire d'Etat à la Marine.

(15) Article 10 du Cahier du 7 mai 1958, relatif aux marchés industriels.

La frontière était ainsi nettement tracée avec la concession d'épave. Dans ce dernier contrat, un entrepreneur obtient du service des Domaines le droit d'exploiter une épave pendant un temps limité, moyennant une certaine somme d'argent. La concession expirée, il doit verser un supplément de prix s'il désire poursuivre les travaux. Sinon, et s'il n'a pas rempli exactement les conditions, s'il reste des tronçons immergés, le cautionnement peut être saisi et le contrat exécuté aux frais et risques du contractant défaillant. Toutes les fois où l'opération de renflouement pouvait être payante (16) et où l'utilisateur avait une soultte à payer, l'épave était remise au service du Domaine qui en poursuivait l'aliénation au profit du Trésor.

Les exceptions aux règles de la comptabilité publique et aux principes budgétaires étaient donc limitées tant par le nombre des cas où une épave pouvait faire l'objet d'un contrat de renflouement-vente que par l'ampleur des dérogations admises. Les marchés de renflouement-vente contrevenaient certes aux principes de l'universalité budgétaire et de la non affectation des recettes. Ils ne constituaient cependant qu'une exception temporaire, limitée, admise par le Ministre des Finances comme le seul moyen de répondre à une situation de crise.

D'autres caractères singularisent les marchés de renflouement-vente.

La spécificité de l'objet de ces marchés contraste avec la variété des travaux publics qui peuvent être confiés à un entrepreneur, ou avec l'hétérogénéité des fournitures courantes ou industrielles. Le renflouement-vente porte sur l'épave maritime, dont la mesure juridique a été longuement étudiée (17). Le marché de renflouement-vente est ainsi un contrat nommé, spécialisé, et dont les caractères exceptionnels sont justifiés par la nature très particulière de la tâche à accomplir.

La nature juridique des marchés de renflouement-vente a été contestée, parce que ces marchés sont dans une situation intermédiaire entre les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures. Ce sont évidemment, et sans conteste, des contrats administratifs. Quel que soit le critère que l'on retienne, il peut être trouvé dans ces marchés, conclus par la puissance publique, pour accomplir une tâche d'intérêt public primordiale et d'import-

(16) Circulaire n° 8.001 CAN/Imp du 23 janvier 1952, du Secrétaire d'Etat à la Marine.

(17) Cf. thèse BROCARD, précitée, pp. 5 et sq.

tance nationale, et dans lesquels il était fait recours de façon permanente à des clauses exorbitantes du droit commun.

On pourrait voir dans le marché de renflouement-vente un marché de fournitures, plus exactement un marché de prestation de services. Les marchés de l'espèce passés par la Marine Nationale étaient soumis au Cahier des clauses et conditions générales du 21 novembre 1932, applicables aux marchés de fournitures des départements militaires. La charge des opérations de renflouement avait été confiée à la Direction centrale des Constructions et Armes navales ; les marchés ont repris naturellement le cahier des clauses et conditions générales appliqué le plus couramment par les services de cette direction.

Mais il est certain qu'on ne peut conclure des clauses et conditions générales applicables à la nature juridique du contrat (18). Il convient donc de rechercher si des raisons de fond justifient le recours au cahier du 21 novembre 1932 et la qualification de marché de fournitures.

Par certains éléments, les marchés de renflouement-vente étaient proches des marchés de travaux publics. L'entrepreneur ne connaît généralement pas l'épave sur laquelle il va travailler : il n'en connaît que ce que l'Administration a pu lui dire, et l'affirmation portée au marché que l'entrepreneur déclare connaître parfaitement l'épave et renonce en conséquence à toute demande d'indemnité n'est qu'une clause de style à laquelle les tribunaux n'accordent que peu de valeur. On ne peut, en effet, renoncer à une demande en justice que du jour où cette demande peut être chiffrée, ou du moins, que du jour où les différents éléments susceptibles d'influer sur le montant de la demande sont suffisamment connus pour que puisse être mesurée la portée de la renonciation. La clause de renonciation peut cependant être prise en considération, à certaines conditions : d'une part, on peut parfois trouver dans le marché la preuve du caractère aléatoire du contrat ; il en est ainsi quand la rémunération du cocontractant est forfaitaire, sans lien avec les dépenses effectives, sans clause de révision de prix, et laissant un bénéfice appréciable en cas de succès rapide ; d'autre part, en certains cas, le soumissionnaire, avant de déposer son offre a été autorisé à faire plonger des scaphandriers sur l'épave pour l'étudier, pour juger de sa consistance, du site, de l'envaselement et des difficultés particulières du renflouement. Lorsque ces différentes conditions sont réunies, il paraît raisonnable de donner

(18) JÈZE, Contrats, II, p. 769.

son plein effet à la clause par laquelle l'entrepreneur déclare connaître parfaitement l'épave et renonce en conséquence à toute réclamation ultérieure. Ce n'est là qu'une application de la liberté contractuelle, et le titulaire du marché a été mis à même de s'engager en toute connaissance de cause. En dehors de ces cas, les aléas auxquels sont soumis les renfloveurs sont comparables à ceux que connaissent les entrepreneurs de travaux publics dont l'activité s'exerce sur un terrain choisi par l'administration.

Mais l'analyse d'un marché de renflouement-vente (19) révèle des clauses qui ne se comprennent pas dans un marché de travaux publics. C'est ainsi que les sanctions prévues se rattachent à la notion de vente d'un objet mobilier et à celle de marchés de fournitures, non à celle d'un marché de travaux publics. C'est à l'Administration des Domaines que revient le soin de prononcer, en cas d'inexécution, la résiliation du contrat. L'Administration « se réserve en plus le droit d'exclure l'acquéreur des ventes domaniales dans le cas où les clauses du présent marché ne seraient pas observées ».

Cette dernière disposition montre clairement qu'il s'agit d'une vente, et non pas d'une opération de travaux publics ; en ce dernier cas, la sanction eût été l'exclusion des marchés de travaux publics.

D'autres clauses permettent de voir dans le marché de renflouement-vente une vente domaniale exceptionnellement soumise à la formalité d'un contrat administratif alors que le Service des Domaines passe en règle générale des contrats de droit privé.

Le marché de renflouement-vente étudié, préparé par la Marine, a été approuvé par le Secrétaire d'Etat au Budget qui a compétence en matière de vente domaniale (20).

Si le marché déclare que l'objet est le renflouement-vente d'épaves coulées dans une rade, l'article relatif à la garantie dispose que « la vente est faite sans aucune garantie qu'il s'agisse de l'état des épaves, de leurs dimensions, des tonnages... ». La clause excluant la garantie de l'Etat prévoit que la réclamation de l'entreprise pourrait porter sur la nature ou la qualité de l'objet mobilier qui est vendu ; il n'est question nulle part d'exonérer l'Etat d'une responsabilité qui proviendrait de difficultés

(19) Notamment, marché du 9 juillet 1952, passé entre la Marine Nationale et la Société N...

(20) L'approbation a en outre été demandée au Secrétaire d'Etat au budget parce qu'à la date du 9 juillet 1952, les autorisations générales de passer des marchés de renflouement-vente étaient périmées.

de nature immobilière ; nulle part non plus il n'est question de la responsabilité décennale des entrepreneurs.

Enfin, les dispositions diverses du marché visent une vente : le problème des licences d'exportations a été prévu ; mais aucune disposition n'est destinée à s'insérer dans le cadre d'un marché de travaux publics.

Les marchés de renflouement-vente, comme le montre l'exemple ci-dessus, peuvent apparaître soit comme un contrat *sui generis*, soumis aux Conditions générales du 21 novembre 1932, et cette solution aurait peut-être prévalu si l'activité de renflouement avait dû être continue, soit comme un contrat de prestation de services passé en la forme de marché de fournitures.

Cependant, par une décision du 16 novembre 1957, Société des Etablissements Cométal, le Conseil d'Etat a tranché cette question en déclarant :

« *Sur la compétence :*

« Considérant que le contrat litigieux avait pour objet l'enlèvement par la société requérante d'épaves coulées dans le bassin de ; qu'ainsi quels que soient la dénomination donnée audit contrat et le mode de rémunération de l'entrepreneur, les travaux que la société requérante s'était engagée à exécuter pour le compte de l'Etat français avaient le caractère de travaux publics ; ... ».

La décision du 16 novembre 1957 retient comme élément déterminant le but de l'opération, le dégagement du plan d'eau d'une rade, qui est de toute évidence un travail public. Mais l'on doit en conclure que les marchés de renflouement-vente constitue un marché de travaux publics d'un genre particulier qui tient à l'importance non négligeable de la vente d'un bien mobilier.

L'analyse du marché de renflouement-vente est un bon exemple de la nécessité d'assouplir une réglementation pour tenir compte des conditions de fait, le nombre des épaves à renflouer, mais aussi la nécessité économique de remettre dans le circuit économique une certaine quantité de métaux. Elle montre aussi comment doit se faire l'assouplissement des règles anciennes pour répondre aux circonstances : il doit aller jusqu'à modifier les règles de la comptabilité publique et jusqu'à déposséder un service de ses attributions, non au nom d'un principe abstrait, mais pour résoudre au plus vite et au mieux les problèmes immédiats.

Mais il y a des limites à un tel transfert d'attributions qui doit rester lié aux circonstances, sans devenir permanent, qui ne doit d'autre part être effectué que dans la seule limite où il est nécessaire. C'est ainsi que les épaves dont le renflouement était susceptible d'être rentable et donc d'intéresser l'initiative privée ont continué à être remises aux Domaines.

Les marchés de renflouement-vente réalisent un compromis entre plusieurs services et entre plusieurs conceptions de la règle juridique : La Marine Nationale a eu recours au Cahier des clauses et conditions générales applicables aux marchés de fournitures : le Ministère des Travaux publics voyait les marchés de renflouement sous l'angle des marchés de travaux ; les Domaines ont l'habitude de contracter dans les conditions du droit privé. Il ne pouvait résulter de cette confrontation qu'un compromis qui montre à quel point les marchés de fournitures et les marchés de travaux publics peuvent se rapprocher par leur objet et par leur régime juridique.

Mais il reste à préciser quelle est la mesure exacte de cette influence du droit des travaux publics sur le droit des marchés de fournitures. Il ne faut pas oublier que la notion de travaux publics est en recul dans le contentieux administratif dans la mesure où les Tribunaux Administratifs n'ont pas besoin, pour justifier leur compétence, de rattacher un litige à cette notion ainsi que les Conseils de Préfecture devaient le faire lorsqu'ils n'étaient pas encore juges de droit commun.

La notion de travaux publics se dégage des problèmes épineux de la compétence administrative ; elle peut évoluer plus librement et influencer d'autant plus facilement sur les marchés de fournitures que la compétence juridictionnelle est devenue la même dans les deux cas.

C. — L'INFLUENCE DU DROIT DES MARCHÉS DE TRAVAUX PUBLICS SUR LE CAHIER DES CLAUSES ADMINISTRATIVES GÉNÉRALES APPLICABLES AUX MARCHÉS INDUSTRIELS.

Les rapprochements sur le plan technique, entre les marchés industriels et les marchés de travaux, sur le plan économique et industriel, entre le fournisseur et l'entrepreneur ont amené, sur le plan juridique, une rénovation de la réglementation des marchés de fournitures.

Certaines procédures conçues pour les marchés de travaux publics ont été introduites dans les règles applicables aux marchés industriels : l'ordre de service, les devis de prix, l'institution des Comités consultatifs de règlement amiable, la théorie des sujétions imprévues. Mais il faut analyser ces nouveautés pour savoir s'il n'y a là qu'un rapprochement de pure forme.

1° *La procédure de l'ordre de service.*

L'aspect le plus connu de l'influence des règles propres aux marchés de travaux publics dans le Cahier de 1955, puis dans le Cahier industriel de 1958, est l'adoption de la procédure de l'ordre de service.

L'article 12 du Cahier de 1955, prévoit, en son § I, que : « Toute décision de l'Administration — approbation du marché, modification, rebut, mise en demeure, etc. — fait l'objet d'un ordre de service notifié directement au titulaire... ».

Les mots « ordre de service » ont disparu de l'article 12 du texte de 1958 qui prévoit seulement que « toute décision de l'Administration... est notifiée directement au titulaire... ». Ce changement de forme ne doit pas conduire à penser que la procédure de l'ordre de service n'existe plus dans le Cahier de 1958 : elle est citée par de nombreux autres articles du cahier, l'article 17, § 3, relatif à la documentation établie par le fournisseur, l'article 46, § I, sur les modifications de caractère technique intervenant au cours d'exécution, l'article 58, § 4 enfin, sur les délais et les obligations de garantie.

Il est à remarquer que les articles correspondants du Cahier des fournitures courantes, l'article 16, les articles 44 et 55, § 4, excluent l'idée de l'ordre de service qui est ainsi une particularité des marchés industriels.

Cette idée est relativement nouvelle dans les marchés de fournitures. La nouveauté n'est du reste pas dans le Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés industriels, puisque l'article 7 du Cahier provisoire dit « Norme Air 1713 » du 15 février 1946 prévoit des ordres de service pour notifier à l'industriel des modifications techniques qui sont imposées à la fourniture.

La question s'est posée (21) de savoir si la procédure de l'ordre de service, inconnue dans les marchés de fournitures classiques

(21) Comité de Rédaction, 1^{re} séance : 12 mars 1952. 31^e séance : 18 mars 1953.

devait être généralisée dans les marchés industriels des trois départements militaires. Il a été décidé finalement de calquer les règles en vigueur dans les marchés de travaux publics. L'article 12 du Commentaire, qui n'a pas été modifié en mai 1958 le précise expressément.

Les ordres de service ont été introduits à plusieurs fins dans le Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés industriels.

Cette insertion, notamment dans l'article 46 « Modifications de caractère technique en cours d'exécution », rend contractuels les pouvoirs que l'Administration ne tenait jusqu'alors que des principes généraux du droit administratif (22). Or, on a cité des cas, rarissimes, où le fournisseur a refusé de donner suite à une demande de modification. Il s'agissait essentiellement de cas où le marché était en fait achevé. Néanmoins les rédacteurs des Cahiers applicables aux marchés industriels ont préféré étendre la règle de l'article 7 de la Norme Air 1713. L'article 46 fait une obligation au fournisseur d'exécuter immédiatement la décision de l'Administration. Le titulaire du marché peut seulement présenter ses réserves de toute nature.

Mais on peut trouver dans les articles 12 et 46 du Commentaire certaines indications sur les intentions des rédacteurs du Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés industriels lorsqu'ils ont introduit la notion d'ordre de service. Le commentaire de l'article 12 recommande de « suivre, « pour la notification des modifications techniques, la procédure « utilisée dans les marchés de travaux. La mise en œuvre de « cette procédure comporte l'établissement en double exemplaires « originaux des ordres de service et leur numérotation chronologique en série continue ». Par ailleurs, l'article 46, § 2 du Cahier précise que le fournisseur devra fournir, dans les trois mois de la notification un devis détaillé indiquant la majoration ou la réduction de prix à prévoir. Le commentaire sur cet article apporte une précision supplémentaire, en indiquant que l'Administration ne devra pas, au moyen d'un ordre de service, demander des modifications incompatibles avec la structure et l'activité normale de l'entreprise. On retrouve une règle analogue en droit allemand.

(22) L'existence d'un pouvoir général de modification unilatérale du contrat administratif est admise ici. Certains auteurs l'ayant contestée, l'existence de ce pouvoir général sera étudiée infra, chapitre IV, I, E.

L'exigence de la forme écrite et de l'enregistrement permet de garder une trace des modifications successives. Les ordres de service, écrits, seront signés, alors que les modifications ne sont entérinées par un avenant ou un acte additionnel au marché que si les prix ou les délais sont modifiés. Enfin, les ordres de service doivent permettre de mieux connaître la part respective du service et du fournisseur lorsque le devis de prix de la fourniture ou les délais de livraison sont dépassés : s'il est à l'origine de la dépense nouvelle ou du retard, l'ordre de service en transfère sans conteste la responsabilité à l'Etat. C'est dans ce souci de clarté que le rapprochement entre les marchés de fournitures et les marchés de travaux publics est le plus net.

Surtout, la Commission mixte des marchés de la Défense nationale et ses organes de travail ont voulu lutter, dans la mesure de leurs moyens, contre l'abus des modifications apportées en cours d'exécution aux spécifications techniques des marchés industriels. Il est certain, en effet, que des modifications incessantes coûtent cher à l'économie nationale, à l'Etat comme aux fournisseurs.

Certains ont proposé (23) de donner au titulaire la faculté de renoncer à poursuivre l'exécution du contrat lorsque les modifications excèdent une certaine limite qui resterait à déterminer. Cette position, trop absolue, a été écartée sans longue discussion, et le Président de la Sous-Commission des Marchés industriels a fait observer qu'il était indispensable de laisser à l'Administration toute liberté pour qu'elle puisse obtenir le matériel qu'elle désire. Il ne pouvait en effet être question de substituer la décision de la Sous-Commission à celle des autorités chargées d'apprécier l'opportunité des modifications.

Les fournisseurs voient surtout l'aspect financier des modifications. Ils estiment que les modifications demandées ne sont pas payées à leur juste prix. L'Etat paie les dépenses supplémentaires directes ; il ne paie pas le manque à gagner provenant de l'impossibilité de fabriquer en série. A long terme, l'industriel doit établir ses prix en conséquence et l'Etat paie cher ses fournitures.

La limitation du nombre des modifications dont le Commentaire (24) admet qu'elles tendent à constituer la règle recueilleront donc l'agrément de tous. Mais l'efficacité de la procédure des ordres de service est douteuse pour y parvenir.

Les ordres de service n'ont pas reçu un accueil favorable. La procédure est lourde. Les industriels affirment volontiers que les

(23) Sous-Commission des Marchés Industriels, 25^e séance, 31 mai 1951.

(24) Article 46.

marchés doivent être exécutés dans une confiance réciproque sans qu'il soit besoin de se couvrir chaque fois d'un ordre écrit. La confiance est la condition même d'un travail efficace dès qu'il y a une part de recherche. La collaboration entre les services d'études du fournisseur et ceux de l'Administration serait impossible si elle devait s'exprimer par des ordres de service.

Enfin, une fois encore, la réforme procède d'un esprit de suspicion à l'encontre des services de l'Etat sans comprendre la vanité du remède proposé : les formalités qui entourent l'ordre de service ne s'attaquent pas aux causes du mal.

Certains ont voulu trouver dans une meilleure connaissance des réalités économiques le moyen de limiter les modifications :

« Une meilleure compréhension par les autorités militaires
« des obligations des entreprises industrielles consistant à se rap-
« procher davantage des normes des constructeurs de réputation
« mondiale et l'établissement d'un programme pluriannuel d'ar-
« mement et d'équipement conduirait plus rapidement à une
« réduction des prix de revient, au développement de la recherche,
« au désir de créer des prototypes de matériels adaptés aux
« besoins que le désir permanent d'obtenir des matériels unitaires
« de moutons à douze pattes » (25).

Cette argumentation n'est pas absolument convaincante.

Ecartons le problème, pourtant essentiel, de la définition préalable des buts politiques à long terme qui sont la condition fondamentale de la réussite d'une expérience industrielle à grande échelle.

Les modifications sont indispensables lorsqu'il s'agit d'une fourniture dont toutes les caractéristiques ne sont pas encore définies. Or les matériels militaires sont de plus en plus complexes, et les techniques chaque jour plus nombreuses qui entrent en jeu évoluent de plus en plus rapidement. La durée de fabrication des matériels s'accroît. Il n'est pas possible d'attendre que soient arrêtées les spécifications définitives pour construire un prototype ou pour lancer la fabrication. Une telle attitude conduirait en effet à accepter délibérément de fabriquer un matériel périmé dès sa mise en service.

L'ordre de service est une simple procédure. Il serait vain d'espérer que des conditions de forme mises à son emploi puissent

(25) Rapport de MM. ARMENGAUD et FILLON n° 75, Conseil de la République, session ordinaire 1957-1958.

être d'une efficacité quelconque pour résoudre des problèmes qui tiennent en réalité à l'état de la technique, aux données de la politique et à la nécessité de parvenir à un compromis acceptable.

La signification des ordres de service.

L'ordre de service, dans les marchés de travaux publics, est la procédure par laquelle l'Administration traduit dans les faits son pouvoir de contrôle et même de direction sur les travaux qu'elle entreprend. La responsabilité de l'Administration porte à la fois sur la conception du travail et sur la direction de l'exécution des travaux : « ...l'Administration... s'immisce d'une manière constante, mais licite, dans l'exécution par le truchement de ses agents. L'entrepreneur n'est qu'un collaborateur totalement étranger à la direction de l'ouvrage... » (26). L'entrepreneur n'est plus le maître de l'ouvrage ; c'est l'Administration qui prend cette qualité (27) et qui, en conséquence, fera les choix nécessaires entre les différentes possibilités techniques de parvenir à un certain résultat. Du moins, l'Administration a-t-elle toujours la possibilité de faire ce choix et de le notifier, impérativement, au fournisseur par un ordre de service. L'entrepreneur est tenu d'exécuter les ordres reçus ; il est responsable de la bonne exécution : ce n'est là qu'une obligation de moyens. La responsabilité de l'entrepreneur redevient plus importante dans la mesure où il a eu une liberté d'appréciation (28).

On peut aisément justifier cette conception du rôle respectif de l'Etat et de son cocontractant. S'il y a une malfaçon dans l'ouvrage public, l'ampleur des travaux est telle que bien souvent le dommage sera durable, parfois même définitif. Le service public ne sera pas assuré de façon convenable. L'ordre de service permet à l'Administration de soumettre le contrat aux nécessités du service public.

Les marchés de fournitures classiques, et aujourd'hui les marchés de fournitures courantes, ne connaissent pas l'ordre de service qui s'est introduit dans les marchés de fabrication et dans les marchés industriels. La théorie de la mutabilité des contrats administratifs permettait de modifier l'objet de la commande, et les moyens financiers de coercition suffisaient à imposer au four-

(26) Maurice-André FLAMME. Les marchés de l'Administration, page 270, n° 281.

(27) A. de LAUBADÈRE, Tome II, n°s 846 et 599.

(28) Sur ce point, voir JÈZE. Contrats, Tome I, pp. 401 et sq.

nisser l'exécution de ses obligations. Il n'était pas besoin d'ordre de service.

Dans les marchés industriels, l'Administration ne peut pas se désintéresser de l'exécution de ses commandes pour reporter son attention sur le seul résultat final. Celui-ci, et par conséquent la satisfaction des besoins publics, dépendent des méthodes employées au cours de la production, du soin apporté dans le travail, de la qualité des matières premières et des contrôles exercés à tous les stades de la fabrication. C'est pourquoi la surveillance en usine est de droit dans les marchés industriels. Si une malfaçon était décelée, un ordre de service serait le moyen ultime pour y remédier.

Mais la surveillance en usine (29) prévue par les cahiers des clauses administratives générales est fondamentalement différente du système des ordres de service. L'exercice de la surveillance laisse entière la responsabilité au fournisseur, alors que les ordres de service, notifiés au titulaire du marché, transfèrent la responsabilité du fournisseur à l'Etat. Mais il faut préciser que les ordres de service prévus par les Cahiers industriels de 1955 et de 1958 n'ont qu'une lointaine analogie avec ceux des marchés de travaux publics.

Les ordres de service, dans les marchés industriels, se rattachent avant tout au droit qu'a l'Administration contractante de modifier l'objet du contrat. L'avantage, en la matière, de l'ordre de service est qu'il doit être exécuté sur le champ, alors que, si un acte additionnel devait intervenir, un délai assez important serait nécessaire. En outre, le fournisseur pourrait toujours — le cas n'est pas théorique — refuser de signer un acte additionnel au contrat initial, non pour se dérober à la modification demandée, mais pour faire aboutir à son gré une discussion sur le prix. L'ordre de service pose clairement la règle de l'exécution immédiate. Un autre avantage, signalé par l'article 12 du Commentaire, est qu'une trace des modifications successives est gardée. Accessoirement, la procédure de l'ordre de service permet d'unifier les moyens employés pour communiquer avec le fournisseur. Il est évident que l'Administration, bien avant 1955, envoyait une lettre recommandée pour notifier une décision importante, comme la résiliation du marché. Mais le Cahier industriel veut généraliser l'emploi de ce procédé, qui est d'ailleurs commode ; l'article 12 cite par exemple les décisions de rebut, et toutes les mises en demeure.

(29) La surveillance en usine sera étudiée en détail ci-après, chapitre III, C. 3°.

Les ordres de service n'ont pas pour effet de faire de l'Administration le maître de l'œuvre dans le marché industriel, ni de limiter la responsabilité du fournisseur à la bonne exécution des ordres de l'ingénieur chargé de la conception et de la réalisation d'un ouvrage. Les marchés industriels, comme les autres marchés de fournitures, restent ainsi des obligations de résultat, et affirment leur indépendance par rapport à la pratique des marchés de travaux publics.

Il y a tout de même des limites à cette position de principe. Ces limites tiennent à la nature du marché industriel, ou à la structure économique des fournisseurs. Elles peuvent tenir à ces deux facteurs à la fois. Dans un marché d'études, il y aura des choix à opérer sur les méthodes à employer pour s'approcher du but fixé au marché. Le fournisseur peut être laissé totalement libre. Le plus souvent une collaboration s'instaure entre le service technique qui a passé ou suscité le marché et le bureau d'études du titulaire du marché. Les décisions, prises d'un commun accord, sont cependant notifiées au fournisseur. Si un désaccord existe, l'Administration peut facilement imposer son point de vue en adressant un ordre de service. De même, dans un marché de prototype, deux méthodes peuvent *a priori* être envisagées. L'une consiste à définir des buts, par exemple des performances à réaliser. L'autre indique en outre les moyens à employer pour y parvenir en laissant une marge d'initiative plus ou moins grande au fournisseur. En pratique, une solution intermédiaire prévaut, et l'ordre de service est le procédé extrêmement souple qui permet de la traduire dans les faits. Il faut également tenir compte de la structure économique des entreprises industrielles, de la nature de leur clientèle, de la psychologie des services publics avec lesquels elles traitent. Le recours aux ordres de service peut être plus ou moins grand ; les ordres eux-mêmes peuvent entrer plus ou moins dans le détail, mais le principe subsiste cependant de la responsabilité principale du fournisseur. Ce n'est donc pas sur ce point que l'on peut discerner l'influence la plus réelle du droit des travaux publics sur celui des marchés de fournitures industrielles.

2° Les prix sur devis et les séries de prix.

Le prix d'un marché industriel ne peut souvent être déterminé que sur devis, notamment lorsqu'il n'y a pas de concurrence. Sur ce point, on peut rechercher s'il n'y a pas eu une influence des marchés de travaux publics, et plus précisément de la méthode

des séries de prix et de l'adjudication au plus fort rabais. Les marchés de fournitures sur séries de prix étaient connus de longue date (30) mais ils se rapprochaient en réalité des marchés à commande : les prix indiqués dans la série étaient ceux de fournitures élémentaires qui auraient pu constituer isolément l'objet du marché, et non le prix des opérations successives d'un usinage ou d'une réparation.

Certains ont estimé que parvenir à définir une série de prix serait l'idéal à atteindre en matière de fabrications comme en matière de travaux publics, soit pour constituer une base d'évaluation du prix dans le cas d'un marché sur devis, soit comme mode de fixation du prix, lorsque la masse des travaux est indéterminée, dans le cas d'un marché sur série de prix.

Il semble cependant que la variété des opérations élémentaires de l'industrie mécanique rende difficile l'élaboration d'une série de prix. Les opérations d'usinage diffèrent entre elles profondément, par leur durée, par leur difficulté, par les investissements mis en œuvre, par les procédés de contrôle utilisés, par la cadence de la production. Les opérations qui accompagnent les travaux d'usinage sont également variées ; la préparation du travail et le montage des pièces sur les machines-outils, qui précèdent l'usinage, les contrôles qui le suivent dépendent de la nature des pièces fabriquées, de la qualité des matières, de la précision demandée. Une série de prix, dans ces conditions, serait difficile à établir : très longue, pour prévoir dans la mesure du possible les opérations successives, elle serait délicate à utiliser et nécessairement incomplète. Les avantages qui en découleraient seraient balancés par de sérieux inconvénients.

Il n'est donc pas certain ici que l'influence des marchés de travaux publics soit profonde. Un courant d'intérêt pour le problème des séries de prix a été suscité. Il n'y a pas, jusqu'à présent, de résultat concret pour les marchés de fabrication et il ne semble pas qu'un résultat soit sur le point d'apparaître.

Dans les marchés de réparation, un effort plus poussé a été fait en raison de la difficulté propre à ces marchés de déterminer l'ampleur de la fourniture.

Pour être comparable à celles qui existent dans les marchés de travaux publics, une série de prix devrait descendre jusqu'à la fixation du coût de l'opération élémentaire, celle-ci étant plus ou moins complexe. C'est ce qu'a prévu, pour les marchés de répa-

(30) JÈZE. Contrats. II, p. 768.

ration ou de modification, l'article 70, § 2 du Cahier industriel de 1958 et de la Norme Air 1714. La Norme Air 1713, dès 1946, avait adopté en son article 31 un système équivalent. C'est le souci de ramener la passation de ces marchés à la détermination des opérations élémentaires, et à la fixation préalable d'un prix forfaitaire pour chacune d'elles.

On retrouve donc, dans les marchés de réparation et de modification, et spécialement dans les marchés de l'aéronautique, un processus rituel dans le domaine des marchés de travaux publics, la fixation des prix sur série.

Dans le cas général des marchés industriels de fabrication, l'article 35 du Cahier de 1958 et de la Norme Air 1714-B (31) pose le principe que l'Administration peut, ou doit en certains cas, traiter sur devis : faute de pouvoir créer une série de prix, l'Administration est amenée aux marchés négociés. L'influence du droit des travaux publics a par conséquent été très limitée en ce qui concerne le mode de fixation du prix. Une étude particulière sera donc consacrée à la formation du prix des fournitures industrielles et au problème des devis.

3° *L'institution des Comités consultatifs de règlement amiable.*

L'article 86 du Cahier applicable aux marchés industriels prévoit qu'en cas de litige le titulaire peut demander directement au Ministre que le différend soit soumis pour avis au Comité consultatif de règlement amiable du département ministériel intéressé. C'est là une application du décret n° 53-405 du 11 mai 1953, modifié par le décret n° 53-1199 du 28 novembre 1953.

L'article 86 donne au titulaire un recours direct au Ministre — en fait à l'Administration centrale. Il n'est pas nécessaire que ce recours soit transmis par l'intermédiaire du Service de la Surveillance ; et ce recours n'a pas à être adressé à l'autorité qui a approuvé le marché, lorsque l'approbation n'a pas été donnée par le Ministre lui-même.

L'institution du Comité consultatif de règlement amiable a été créée de manière autoritaire et générale. Elle n'en est pas moins restée facultative, à plusieurs titres. Le titulaire du marché n'est jamais tenu de se plier à cette procédure amiable ; la voie contentieuse lui reste toujours ouverte ; la coutume — et le bon sens — veulent seulement que les recours contentieux qui auraient éven-

(31) Article 34 du Cahier de 1955 et de la Norme Air 1714.

tuellement été formés ne soient pas développés avant que l'avis du Comité n'ait été émis et que le Ministre n'ait statué. Le Ministre n'est jamais tenu d'accepter le renvoi devant le Comité consultatif ; il n'est pas lié par l'avis du Comité.

La procédure suivie est contradictoire. Le rapporteur, désigné par le Ministre parmi les fonctionnaires en activité, est libre dans le choix de sa méthode de travail, libre également de ses conclusions. Le rapporteur, en fait, entend le fournisseur et les représentants de l'Administration et ne juge pas seulement sur pièces. Le Comité consultatif, ainsi qu'il est précisé en l'article 57 du décret du 11 mai 1953, peut entendre les intéressés ; il peut également avoir recours à tout moyen d'information, y compris l'expertise. Cette dernière possibilité n'est pas restée théorique. Afin de respecter la liberté d'appréciation du Ministre, aussi bien que l'indépendance des juridictions, l'avis du Comité est un document d'ordre intérieur et confidentiel ; il ne peut être ni produit ni utilisé devant les tribunaux. Il arrive toutefois que la décision du Ministre précise qu'elle a été prise sur avis conforme du Comité. Cette pratique, qui tend à réduire la liberté d'appréciation du Ministre, est en régression et devrait être abandonnée.

L'institution du Comité consultatif de règlement amiable rapproche les marchés industriels des marchés de travaux publics. L'article 86, § 3, du Cahier applicable aux marchés de fournitures courantes prévoit également la possibilité de soumettre un litige au Comité consultatif de règlement amiable, mais le renvoi devant ce Comité sera sans doute moins libéralement accordé que dans le cas des marchés industriels. C'est une tradition des marchés de travaux publics qu'il y ait en fin de marché un contentieux, une réclamation de fin d'entreprise : on peut y voir une conséquence de l'intervention de l'Administration dans la conduite des marchés, mais — et c'est une autre tradition des marchés de travaux — il est fréquent qu'un règlement amiable mette fin au litige.

Le droit français se rapproche également du droit belge qui connaît une « Section du contentieux du Comité supérieur de Contrôle » (32). Chaque partie peut soumettre à cet organisme les litiges nés au cours d'un marché. Le Comité supérieur de Contrôle, dans cette partie de ses attributions statue en droit et en équité ; sa composition est paritaire comme l'est celle du Comité consultatif de règlement amiable ; le Comité supérieur de Contrôle n'émet qu'un simple avis, destiné à rester secret et ignoré

(32) FLAMME, o.c. p. 656 et sq - n° 745 et sq.

du requérant. Les auteurs (33) se plaignent qu'en Belgique l'Administration néglige les avis du Comité de Contrôle lorsque ces avis sont favorables à l'entrepreneur. En France, l'avis d'un Comité consultatif de règlement amiable a un très grand poids, et s'il ne lie pas le Ministre, il est fréquent que celui-ci en reprenne la substance. Ce ne serait qu'à bon escient et avec des justifications précises que les services présenteraient à la signature une décision s'écartant de l'avis du Comité.

En général, il n'y a pas de contentieux après l'intervention du Comité consultatif, dans la mesure justement où l'Administration tient le plus grand compte de l'avis émis. Mais parfois, une autre explication peut être trouvée à l'absence de recours contentieux. Il arrive que les rapports entre le fournisseur et l'Etat — ou si l'on préfère, le ministère intéressé — soient tels qu'une demande en justice est unimaginable, à moins que les services eux-mêmes ne souhaitent voir une question de principe tranchée par la juridiction administrative. De même, une entreprise hésite à demander qu'un litige soit porté devant le Comité consultatif où siègent des industriels concurrents. Dans tous ces cas, les difficultés sont nécessairement réglées à l'amiable. La composition paritaire du Comité consultatif est l'une des faiblesses de cette institution : il est nécessaire de tenir compte des liens financiers entre les diverses sociétés, mais aussi des accords techniques ou commerciaux. Pour peu que plusieurs fournisseurs demandent simultanément, à l'occasion de marchés analogues, à aller devant le Comité consultatif, il est difficile de composer celui-ci.

Le Comité consultatif de règlement amiable introduit dans le domaine des marchés de fournitures un élément nouveau qui est susceptible de modifier profondément le droit de ces marchés.

La charge de la preuve semble renversée. Lorsqu'un fournisseur réclame quelque chose à l'Etat et que l'Administration refuse, le fournisseur qui plaide doit prouver le bien-fondé de sa demande. Certes, la procédure appliquée par les juridictions administratives a un caractère inquisitoire (34). Mais la théorie du délai de recours contentieux en limite la portée. Par sa décision du 1^{er} juin 1953, sieur Vasnier, le Conseil d'Etat a montré que les moyens doivent être présentés soit dans la requête introductive d'instance, soit dans un mémoire ampliatif, mais en tout cas dans le délai du recours contentieux. Il n'appartient pas au juge admi-

(33) FLAMME, *o.c.* n° 749, p. 658 et sq.

(34) Cf. M. WALINE, *Droit administratif*, 7^e édition, 1957, n° 334, p. 200.

nistratif, en dirigeant la procédure, d'aller contre cette règle. Le rapporteur devant le Comité consultatif de règlement amiable, au contraire, doit s'efforcer de rassembler, auprès de chacune des parties, les preuves à l'appui de leurs prétentions. Or en certains cas, qu'il s'agisse de marchés anciens, d'archives détruites par fait de guerre, de changement dans les titulaires des postes administratifs, l'Administration aura plus de mal à apporter des preuves qu'elle n'en aurait, devant une juridiction administrative, à réfuter les demandes du fournisseur. L'Administration perd ainsi la position de défenderesse qu'elle possède en principe, ce qui est grave lorsque l'enjeu est important.

Le Comité consultatif de règlement amiable « a pour mission de rechercher, dans les litiges et différends relatifs aux marchés passés au nom de l'Etat, que le Ministre juge utile de soumettre à son examen, les éléments équitables susceptibles d'être adoptés en vue d'une solution amiable » (35). Cet article du décret du 11 mai 1953 introduit-il dans le droit administratif français la notion d'équité que connaît déjà le droit anglais ? En fait, les considérations d'équité retenues par le rapporteur puis par le Comité ne constitueront pas une règle de droit obligatoire. L'avis rendu par le Comité ne lie aucunement le Ministre. Celui-ci a une compétence discrétionnaire pour suivre ou non l'avis du Comité. La décision du Ministre est donc soumise au seul contrôle du détournement de pouvoir et de la matérialité des faits. Mais la compétence du Ministre n'en est pas moins diminuée par l'institution. Une tendance se fait jour d'interdire aux Ministres de statuer eux-mêmes en équité en dehors de tout avis du Comité consultatif de règlement amiable. Cette position, adoptée par certains contrôleurs financiers, est un nouveau moyen de limiter l'autorité des ministres au seul profit du Ministre des Finances (36). En outre.

(35) Article 56 du décret, n^{os} 53-405 du 11 mai 1953.

(36) Dès 1877, le Conseil d'Etat a dénié aux ministres, le Ministre des Finances y compris, le droit de statuer en équité en accordant des dédommagements n'ayant leur cause dans aucune responsabilité du Trésor. (CE. 10 mai 1877. La Banque de France contre le Ministre des Finances, Recueil LEBON, p. 472).

Cette jurisprudence n'est pas mise en cause. Mais, même dans la liquidation des obligations de l'Etat nées d'un marché, dès lors qu'il y a une contestation sérieuse sur le montant de la somme due par l'Etat au fournisseur ou à l'entrepreneur, le Ministre est amené par la force des choses à statuer partiellement en équité.

C'est le pouvoir du ministre de statuer en pareille hypothèse qui est actuellement contesté par certains. Il convient seulement de remarquer que l'avis du Comité consultatif de règlement amiable ne modifie pas la nature juridique de la décision du ministre qui reste totalement libre de suivre ou de ne pas

les textes ne prévoient pas le cas où un conflit naîtrait entre le Comité et le contrôleur financier. L'éventualité d'un tel conflit paraît d'ailleurs improbable actuellement.

Cette possibilité donnée par les textes de rechercher les éléments équitables a parfois été interprétée comme dispensant le rapporteur et le Comité de motiver l'un son rapport, l'autre son avis. On voit bien la raison pour laquelle le Comité se refuse à motiver ses avis : si ce document est confidentiel, il n'en est pas moins connu des industriels qui siègent en séance et qui pourraient ultérieurement réclamer pour eux-mêmes un traitement aussi favorable, ce qui serait d'ailleurs conforme à l'égalité de tous devant la loi et les charges publiques ; l'absence de motivation limite le risque. Mais lorsque le rapporteur n'explicite pas à la suite de quels raisonnements il est parvenu à une conclusion « équitable », il rend difficile la tâche du Comité et diminue l'autorité de l'avis final. Trop souvent, la simple affirmation qu'« il est équitable d'allouer telle somme à telle entreprise » remplace la présentation des arguments et leur agencement en une démonstration. En pareil cas, il semble bien inutile de saisir le Comité consultatif. Une décision du Ministre suffirait : l'existence des Comités consultatifs montre la désaffection qui existe en droit administratif pour l'exercice de l'autorité.

En matière de marchés industriels, le Comité consultatif de règlement amiable est une institution trop récente. Peu d'affaires sont déjà passées devant le Comité et il est difficile de tirer des conclusions définitives. La décision rendue après avis du Comité consultatif permet de tenir compte de tous les éléments, mieux qu'un jugement. Ce dernier fait jurisprudence, alors qu'en droit, sinon en fait, il ne peut y avoir de jurisprudence du Comité consultatif dont les avis sont secrets et purement consultatifs. La contrepartie de ces avantages est bien évidemment qu'il est difficile de connaître les précédents si l'on n'a pas soi-même assisté aux séances. Par ailleurs, à l'instar de ce qui a lieu en matière de travaux publics, un règlement amiable tend à être un compromis. Si une décision juridictionnelle peut débouter un plaideur, l'avis d'un Comité consultatif s'efforcera au mieux de trouver une solution médiate entre la thèse de l'Administration et celle de l'entrepreneur. A la limite, on peut se demander s'il n'y a pas là

suivre l'avis du Comité consultatif. Dans les deux cas, la décision du ministre ne fait qu'évaluer le montant d'une obligation préexistante qu'elle suppose. Autrement, et selon la jurisprudence précitée, seul serait compétent le pouvoir législatif.

une prime à la prétention initialement exagérée. Enfin, malgré les précautions prises par l'article 58 du décret du 11 mai 1953, il est à craindre que l'Administration qui refuse d'aller devant le Comité consultatif ne soit victime d'un préjugé défavorable si l'affaire devient contentieuse ; il est de même possible qu'un pareil préjugé ne s'attache à la décision ministérielle non conforme à l'avis du Comité. A longue échéance, préférant au risque d'être désavouée par les tribunaux une entente avec le fournisseur, fût-ce au détriment des deniers publics, l'Administration échapperait au contrôle du juge. Finalement, le droit des marchés devient plus difficile à connaître que par le passé, faute de décisions juridictionnelles motivées, publiées et commentées. Il est juste toutefois de noter une réaction récente ; certains ont montré la nécessité, au moins pour les questions de principe, d'obtenir une décision du Conseil d'Etat.

Ainsi, l'équilibre obtenu dans les marchés de travaux publics n'a pu être transposé dans les marchés industriels où l'instauration du Comité consultatif de règlement amiable n'a pas encore donné tous les résultats qu'on en attendait. Il y a à cela des raisons extrêmement sérieuses.

D'une part, le droit des travaux publics est mieux connu que celui des marchés de fournitures ; de nombreuses solutions jurisprudentielles ont été adoptées à l'occasion d'un litige né dans une affaire de travaux publics, alors que les solutions appliquées aux marchés de fournitures ont souvent été étendues à ces derniers, après un effort d'adaptation plus ou moins poussé ; les ouvrages consacrés aux travaux publics sont plus nombreux que ceux qui traitent des marchés de fournitures, et la meilleure place est souvent réservée aux marchés de travaux dans les études portant sur les marchés en général : les marchés industriels, plus récents, commencent seulement à être étudiés. Dans ces conditions, il est plus facile à un Comité consultatif de donner un avis fondé dans la matière classique des travaux publics que dans le domaine encore inconnu des marchés de fournitures industrielles.

Par ailleurs, il subsiste une différence fondamentale entre les marchés industriels et les marchés de travaux publics. Dans les marchés de travaux publics, l'entrepreneur n'a pas la direction des travaux (37). Au contraire, dans les marchés industriels, les ordres de service, moins détaillés, laissent au fournisseur une large initiative dans la conduite des travaux, dans la direction de la

(37) WALINE. *Traité Élémentaire de Droit administratif*, 6^e édition, p. 483.

fabrication et donc dans la responsabilité finale. Ceci justifie un régime juridique différent, plus voisin de celui des marchés de fournitures que de celui des marchés de travaux publics. Il est à craindre qu'un Comité consultatif ne soit enclin à s'appuyer sur la tradition des règlements amiables en matière de travaux publics et ne néglige cet impératif pourtant essentiel.

L'influence des marchés de travaux publics est certaine en matière de règlement amiable, mais elle semble être le résultat d'une analyse juridique insuffisante des problèmes posés. Ce n'est peut-être, par conséquent, qu'une solution de transition, destinée à résoudre au mieux les problèmes du présent avant que ne soit totalement dégagée la physionomie propre des marchés industriels.

4° *La théorie des sujétions imprévues.*

La théorie des sujétions imprévues est susceptible de s'appliquer aux marchés de fournitures. Le principe existe certainement. Jèze écrit : « La solution n'est pas douteuse, en cas de sujétion extracontractuelle, une indemnité est due au fournisseur, comme elle est due à l'entrepreneur de travaux publics » (38). Péquignot l'admet également : la théorie des sujétions imprévues « s'est formée en matière de travaux publics : elle demeure couramment utilisée en cette matière. Il n'est, cependant, aucune raison de principe qui la cantonne dans ce domaine et qui interdise, éventuellement, de l'étendre par analogie à d'autres contrats administratifs » (39).

Mais il est rare que ce principe soit appliqué dans les marchés de fournitures. « Les cas de sujétion extracontractuelle sont, par la nature même des choses, très rares dans la pratique » (40). On a pu craindre cependant qu'une application très large de la théorie des sujétions imprévues ne soit faite dans les marchés de fournitures régis par le Cahier des conditions générales du 21 novembre 1932, lorsque des demandes en ce sens ont été formulées par les renfloueurs. Cette crainte est sans objet depuis que le Conseil d'Etat a qualifié les marchés de renflouement-vente de marchés de travaux publics (41).

Les marchés industriels par certains caractères, se rapprochent des marchés de travaux publics. Aussi semble-t-il évident, *a priori*,

(38) JÈZE. Contrats. Tome II, p. 805.

(39) PÉQUIGNOT. Jurisclasseur administratif, fascicule 515, n° 104.

(40) JÈZE. Contrats. Tome II, p. 805.

(41) Conseil d'Etat. 16 novembre 1957. Société des Etablissements Cométal.

que la théorie des sujétions imprévues admise dans les marchés de travaux publics puisse être transposée dans les marchés industriels. Mais l'on ne peut pas conclure de la théorie à la pratique avant de savoir si les conditions d'application de cette théorie peuvent être remplies dans un marché industriel.

La théorie des sujétions imprévues est avant tout une théorie d'exception (42) qui s'oppose au principe de la force obligatoire des contrats ; les conditions posées par la jurisprudence et dégagées par la doctrine (43) doivent par conséquent être interprétées restrictivement. Ces conditions sont sévères et doivent être réunies simultanément.

La sujétion imprévue est une difficulté d'ordre matériel. Les phénomènes naturels justifient de nombreuses demandes d'indemnités, pour sujétion imprévue, émanant des entrepreneurs de travaux publics ; il est plus rare d'en rencontrer ayant une incidence sur l'exécution d'un marché industriel. Le fait de l'homme ne saurait être retenu que s'il est extérieur à l'entreprise : en effet, la sujétion imprévue doit être étrangère aux parties, ce qui exclut en général les difficultés techniques rencontrées au cours de la réalisation d'une fourniture industrielle. La sujétion imprévue est une difficulté qui n'avait pu être initialement envisagée par les parties. Dans les marchés industriels comme dans les marchés de travaux publics, le tribunal apprécierait éventuellement si le marché et ses annexes techniques ont été assez détaillés pour donner au titulaire du marché, lors de sa soumission, une vue exacte de ce qui lui était demandé, et si la difficulté qui s'est présentée était réellement imprévisible lors de la passation du contrat. Enfin, la difficulté rencontrée doit avoir un caractère absolument anormal pour constituer une sujétion imprévue. Là encore, ce caractère anormal serait interprété compte tenu des clauses du marché, également compte tenu de la nature des travaux et de leurs caractéristiques techniques.

Outre les conditions précédentes, les marchés à forfait n'ouvrent droit à indemnité pour la survenance d'une sujétion imprévue qu'en cas de bouleversement du contrat. En effet, lorsqu'un marché de travaux publics est passé sur série de prix, il est relativement facile de rechercher quels travaux supplémentaires ont effectivement été nécessaires et doivent être payés à l'entrepreneur. Dans un marché à forfait — et les marchés industriels passés sur

(42) JÈZE, Contrats, Tome II, p. 692.

(43) Sur ces points, voir A. de LAUBADÈRE, Contrats, Tome III, p. 15 et sq.

série de prix sont rares — il n'est plus possible de procéder ainsi et il faut en venir à une véritable renégociation du contrat, réalisée par le juge.

Sans qu'on puisse, *a priori*, écarter la théorie des sujétions imprévues de l'étude des marchés industriels il apparaît que cette théorie ne peut jouer que rarement, sauf dans un cas, celui des marchés de réparation, où l'appareil donné à réparer peut aisément constituer l'élément extérieur au fournisseur, l'élément matériel inconnu au moment de la passation du marché. Il reviendrait trop cher de procéder, avant la conclusion d'un contrat de réparation, à une expertise qui ne laisserait aucun aléa ; cela implique que si l'aléa normal, prévisible, est dépassé, il convient d'appliquer les règles du droit des contrats et spécialement la théorie des sujétions imprévues. Il est à remarquer qu'un effort a été fait en la matière pour créer des séries de prix applicables aux marchés de réparation. Ces marchés apparaissent ainsi comme une catégorie particulière des marchés industriels, plus proche des marchés de travaux que ne le sont généralement les marchés industriels.

Mais il y a d'autres procédures qui permettent de soustraire le fournisseur titulaire d'un marché industriel aux aléas qu'il ne peut assumer, compte tenu de la marge bénéficiaire qui lui est accordée.

Lorsque la fourniture n'est pas connue avec assez de précisions, l'Etat peut en tenir compte dans ses contrats, en passant un contrat d'étude ou de prototype ou un marché de réparation si l'objet du marché s'y prête ; l'Etat peut également passer un marché en régie contrôlée ou stipuler un prix à redétermination ultérieure. L'Etat prend ainsi à sa charge certains risques, avec des contreparties, la direction effective du chantier, des contrôles comptables ou une analyse contradictoire des travaux à effectuer, comme il est prévu pour les marchés de réparation. Par ailleurs, le fournisseur est indemnisé du fait ou de la faute de l'Etat : si l'Administration tarde à fournir des documents, ce retard peut justifier l'octroi d'exonérations de pénalités pour retard, ou même de sursis de livraison et de prolongation des délais. Le fournisseur peut demander à être indemnisé pour le fait du prince, mais aussi pour faute contractuelle de l'Etat (44).

Un point reste cependant dans l'ombre, la responsabilité du titulaire du marché du fait des sous-traitants ou des sous-com-

(44) Cf. A. de LAUBADÈRE, tome II, p. 193 et sq.

manditaires imposés. D'une part, en vertu du § 2 de l'article 44 du Cahier industriel de 1958, le fournisseur conserve l'entière responsabilité de la fourniture. Mais par ailleurs, cette responsabilité suppose un libre choix. En fait, si le sous-traitant ou le sous-commandier a réellement été imposé, la responsabilité du titulaire du contrat est dégagée dans la mesure où il s'est effectivement acquitté de ses propres obligations. C'est là une question d'espèce et une question de fait plus que de droit.

Les autres aléas représentent le risque industriel couvert par le bénéficiaire qui est ainsi justifié. Le fournisseur doit prévoir les difficultés et savoir s'il est ou non capable de traiter à prix fixe. Même dans les marchés de travaux publics, l'Etat ne doit pas prendre à sa charge les risques d'un marché à prix forfaitaire ; le cocontractant peut obtenir une indemnité pour charges extracontractuelles, mais cette indemnité n'est légale que si elle « n'avait pas pour effet de mettre à la charge de l'Administration le risque de l'entreprise et de lui faire supporter une partie de la perte qui eût pu, éventuellement, résulter pour l'entrepreneur des conditions dans lesquelles il avait passé son marché à l'origine » (45).

Aussi peut-on noter une réaction très nette contre les tendances à la généralisation de la théorie des sujétions imprévues. Au Comité de rédaction (46), il a été suggéré que soit insérée dans le projet de cahier des charges une clause prévoyant l'octroi au titulaire du marché d'une majoration de prix, correspondant à une indemnité et ne comportant aucun bénéfice, lorsqu'au cours de l'exécution du marché sont apparues les difficultés techniques imprévues entraînant une perte pour le titulaire. Cette mesure allant très au delà de l'incidence sur le délai d'exécution, l'exonération des pénalités et le jeu des formules de révision de prix. C'était une véritable association entre l'Etat et le fournisseur qui était ainsi demandée, et qui correspondait du reste d'assez près à la structure économique de certaines industries de l'aéronautique. Le comité a décidé de ne retenir cette suggestion que pour les marchés de prototypes, et seulement dans la mesure où une clause expresse au contrat le prévoirait. Finalement, le Titre VI du Cahier industriel de 1955 ou de 1958 ne traite pas de cette question. Le système prévu par l'Instruction relative aux marchés

(45) Conseil d'Etat, 12 juillet 1955. Secrétaire d'Etat au P.T.T. LEFORT. *Revue du Droit Public* 1956, p. 412.

(46) 28^e séance du 25 février 1953.

d'études et de prototypes n° 1391 SEA du 16 mars 1951 reste applicable :

« Bien que la théorie de l'imprévision permette déjà de « régler les conséquences de certaines causes perturbantes subitement apparues, on peut augmenter la sécurité du fournisseur « en l'autorisant contractuellement à ouvrir, au titre de la commande, un compte de frais exceptionnels. Ce compte, où s'inscrivent les dépenses de caractère particulier venant troubler le cycle normal des fabrications, fera l'objet d'un examen contradictoire ; après justification, les frais qui ne sont pas imputables à la responsabilité ou à la mauvaise gestion de l'industriel lui seront remboursés sans bénéfice ».

« L'élimination systématique de la plupart des causes exceptionnelles d'ordre économique ou technique susceptibles de modifier le prix facilite la conclusion d'un forfait ».

Il est intéressant de constater que la politique suivie par la Direction technique et industrielle de l'Aéronautique s'inspire étroitement de ces directives. La D.T.I. refuse toute indemnité pour sujétion imprévue, sauf dans le cas exceptionnel où une clause particulière au contrat en accepte le principe et en prévoit les modalités. Cette clause découle étroitement du texte de l'Instruction du 16 mars 1951 ou se rattache au type des causes dites d'intéressement ou de participation. En ce dernier cas, la clause stipule généralement le partage entre l'industriel et l'Etat des pertes et des bénéfices, moyennant la surveillance de l'établissement du bilan et du compte profits et pertes.

Les fournisseurs ont tendance à voir des sujétions imprévues dans tous les faits qui leur causent une perte ou leur enlèvent un bénéfice, au cours de l'exécution d'un marché industriel. L'Administration, soucieuse à la fois de respecter la force obligatoire du contrat et de protéger les deniers publics, s'y oppose.

Il est rare, en effet, que les conditions de mise en œuvre de la théorie des sujétions imprévues soient réunies dans un marché de fourniture ou dans un marché industriel. La différence la plus marquante entre les marchés de travaux publics et les marchés industriels est sans doute l'importance, dans les premiers, des données extérieures à l'entrepreneur. Ce n'est que dans les marchés de réparations que le titulaire d'un marché industriel est au même degré placé sous la dépendance de facteurs extérieurs à son entreprise.

Il est possible d'admettre que la théorie des sujétions imprévues existe dans le droit des marchés de fournitures, courantes ou industrielles. Force est bien de constater qu'il est exceptionnel, le cas des marchés de réparations étant mis à part, que les conditions de mise en œuvre de cette théorie soient réunies.

III. — La volonté d'uniformisation.

Tout au long des discussions, deux attitudes se sont exprimées parmi les rédacteurs du Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés industriels des départements de la Défense nationale.

Certains services voulaient unifier la réglementation et plus encore la pratique administrative des marchés industriels. Le but avoué était de réduire les particularités qui existent de service à service, ou de direction à direction. Le moyen était la refonte des Conditions générales : le cahier en préparation a été présenté comme un document obligatoire, s'imposant aux services, et peut-être même aux Secrétaires d'Etat. Il ne faut pas voir dans cette tendance une influence britannique. Certes, en droit anglais, les conditions générales prévalent sur les clauses du contrat ; elles ont une force réglementaire, et non pas seulement contractuelle, mais ce n'est pas le souci d'imiter l'exemple anglais qui explique l'attitude de certains rédacteurs du Cahier.

On trouve, dans le corps du cahier industriel, de nombreux articles dans lesquels il est stipulé que la clause inscrite dans le cahier ne s'applique que « sauf disposition particulière du contrat ». Il n'est pas inutile de donner une liste montrant la fréquence de cette stipulation : articles 22, par 2, 1^{er} alinéa, 24, 61 par. 2, 75, 84 par. 1, 94 par. 1, 97 alinéa 1. Il était sous-entendu que les services ne pouvaient déroger aux autres clauses. Une trace plus nette encore de cet état d'esprit se trouve dans le texte du Commentaire de l'article 50 relatif aux Pénalités pour retard, dans le par. 1 c) du texte de 1955 :

«

« c) Application d'un barème particulier à certains marchés.

« Cette disposition étend à tous les marchés industriels la « faculté que l'article 61 du Cahier des clauses et conditions générales de 1932 limitait aux seuls marchés de l'aéronautique ».

Cette interprétation de l'article 61, § 1^{er}, dernier alinéa du cahier de 1932, est abusive. Cet alinéa disait :

« En ce qui concerne les marchés spéciaux aux matériels de « l'aéronautique, le barème est fixé par le cahier des clauses spéciales ».

Cette constatation ne pouvait avoir pour effet de modifier la nature juridique du cahier des clauses et conditions générales qui n'a, en droit français et à la différence du droit anglais, qu'une valeur contractuelle. Les clauses des cahiers des clauses administratives générales ne s'appliquent jamais que du fait d'une référence contractuelle au cahier, et dans la mesure où une clause contractuelle spéciale ne vient pas déroger à l'un des articles du cahier applicable en principe.

Les considérations générales qui précèdent le Commentaire de chaque article du cahier affirment encore que « toute dérogation non spécialement autorisée par le Cahier des charges doit avoir été approuvée par le Ministre ou le Secrétaire d'Etat intéressé ». Cette disposition met fin à la théorie qui réservait au seul Ministre de la Défense Nationale la compétence pour déroger aux clauses du cahier de 1955. Elle permet, *mutatis mutandis*, de donner également cette compétence à chacun des hauts fonctionnaires ayant reçu délégation du Ministre des Armées pour l'administration d'un département militaire. Cette disposition n'a du reste aucune force obligatoire, un commentaire n'étant pas une instruction ministérielle. Surtout, ce texte néglige le fait essentiel que tous les marchés importants sont préparés par l'Administration centrale et sont approuvés par délégation du Ministre. Le problème de la possibilité ou non de déroger aux clauses du cahier perd ainsi tout intérêt et s'efface devant celui de l'ampleur des délégations de signature qui sont consenties. Toutefois, si un délégué était désigné pour approuver l'ensemble des marchés, quel que soit leur montant, il conviendrait d'examiner l'étendue de la délégation consentie.

Une telle volonté d'unification conduisait évidemment à ne pas tenir compte des nécessités économiques, de la structure des industries qui travaillent habituellement pour un certain service.

L'autre attitude a consisté à défendre la liberté d'action de chaque département militaire ou de chaque direction. Les directions sont en effet spécialisées, et les problèmes qu'elles doivent résoudre sont différents.

Le Secrétaire d'Etat à l'Air a fait reprendre la teneur du Cahier de 1955 dans la Norme-Air 1714 et du Cahier industriel de 1958 dans la Norme-Air 1714/B, en modifiant, sur des points importants, le texte des cahiers. Mais les Normes-Air n'ont elles-mêmes de valeur que contractuelle et une dérogation insérée dans un article spécial du marché peut toujours intervenir.

Enfin, il faut se garder de croire que toutes les clauses des cahiers industriels soient effectivement utilisées par tous les services. Si l'article 34 relatif aux obligations comptables a en fait déjà été expressément inséré, ainsi qu'il est prévu en son § 1, dans des marchés passés par la Direction centrale des Constructions et Armes navales, il ne semble pas que la suspension des paiements prévue à la fin du § 5 ait été mise en application par les services relevant de cette direction. La Norme Air 1714/A a au contraire modifié ce paragraphe pour le rendre plus sévère encore, et dispose qu'une décision ministérielle peut, sous certaines conditions, transformer la retenue provisoire en une pénalité définitive.

On peut voir dans cette attitude des services de l'aéronautique le reflet des conditions économiques dans lesquelles travaillent, pour le compte de l'Armée de l'Air, certains industriels qui n'ont pratiquement pas de clientèle privée et dont le client unique est l'Etat, sous ses différentes formes, ou les sociétés nationalisées. La Direction technique et industrielle estime pouvoir donner des ordres ; les moyens de coercition prévus, et le cas échéant mis en œuvre, sont d'autant plus sévères qu'il est plus rare qu'ils aient à être utilisés.

IV. — Les influences industrielles.

La vie industrielle se fait ainsi sentir sur le Cahier applicable aux marchés industriels. Il serait intéressant, mais ce travail supposerait de longues enquêtes dans l'industrie, de rechercher dans chacun des articles du Cahier de 1958 l'influence de la structure économique et des techniques de chaque branche industrielle. Cette étude n'est pas faite, et l'on peut tout au plus avancer certaines hypothèses pouvant éventuellement servir de base à une étude.

Comme il est naturel, l'industrie sidérurgique et l'industrie mécanique ont marqué de leur sceau certains articles. Le pro-

blème des sous-traitants est par exemple typique de l'industrie mécanique. On ne saurait le retrouver dans l'industrie extractive, ni dans une industrie lourde et spécialisée comme l'industrie chimique. Dans celle-ci un problème plus important serait celui des rapports entre la société-mère et ses filiales, ou celui des rapports entre les sociétés d'un même groupe financier. Les relations ne sont plus celles de titulaire du marché à sous-traitant, mais plutôt d'usine spécialisée dans la production du produit commandé par le client à l'usine fournissant tel produit fini servant de matière première. La structure industrielle et financière de tels groupements rend périmée la notion de sous-traitant et fait éclater le cadre juridique traditionnel.

La passation des marchés sur devis de prix suppose de même la possibilité de découper une fabrication en phases élémentaires pouvant être isolés, dont on puisse chiffrer la main-d'œuvre incorporée aussi bien que les matières utilisées. Ceci ne se comprend pas dans une industrie à coûts liés, comme certaines industries chimiques ou l'industrie pharmaceutique. Isoler un produit paraît impossible, chaque phase du processus de production intéressant un grand nombre de produits. Lorsque la complication technique se mêle à la complexité économique et financière, les analyses de prix de revient et les contrôles de la répartition des frais généraux apparaissent assez aléatoires au moins lorsqu'elles s'exercent dans le cadre d'un marché isolé : il n'est pas toujours possible de définir de façon rationnelle le prix de revient et le prix de vente d'un produit indépendamment de ceux des autres produits. L'industrie mécanique et l'industrie électronique se prêtent mieux à l'analyse du devis de prix. Il serait intéressant de chercher si l'on peut rattacher de façon étroite les difficultés d'établissement et de contrôle du devis à la possibilité, pour un même produit, de servir de matière première ou d'être vendu comme produit fini.

*
**

Les marchés industriels sont des marchés de fournitures qui se sont affirmés comme un ensemble à part, à certains égards intermédiaire entre les marchés de fournitures les plus simples et les mieux connus du droit administratif classique, et les marchés de travaux publics avec lesquels ils ont en commun la complexité et la durée d'exécution.

Mais cependant, l'influence des marchés de travaux publics a été très limitée, et les marchés industriels n'ont rien sacrifié de leur originalité à une imitation des règles du droit des travaux publics, pourtant très élaboré.

C'est dire la vitalité de cette nouvelle catégorie juridique qui a pu puiser aux sources diverses du droit étranger et de l'expérience de la vie industrielle sans altérer ses traits caractéristiques.

CHAPITRE III

Les traits caractéristiques du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés industriels des départements de la Défense nationale

Le Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés industriels des départements de la Défense nationale a été préparé par la Commission mixte des marchés de la Défense nationale et les groupements de travail qui en émanaient. C'est une œuvre collective dans laquelle certains articles relèvent de conceptions différentes. L'absence d'unité n'est cependant pas en soi un vice profond, si les divergences de vues entre les services n'ont entraîné que des contradictions superficielles, dans la forme ou dans des dispositions secondaires. Un examen approfondi du cahier peut seul montrer si le cahier publié en 1955, et modifié depuis, a su apporter aux marchés industriels l'instrument juridique répondant à leurs besoins propres.

Car ce cahier est autre chose qu'une refonte du Cahier des clauses et conditions générales des marchés de fournitures du 21 novembre 1932. Le nouveau cahier est destiné à régir des marchés de fournitures d'un type nouveau ; il sera donc jugé sur son aptitude à définir les problèmes nouveaux posés par les marchés industriels et surtout sur les solutions concrètes qu'il apportera. Publié avant les réformes apportées par le décret n° 59-167 du 7 janvier 1959, le nouveau cahier pouvait susciter une interprétation nouvelle de la réglementation traditionnelle, et par là orienter la réforme permanente du droit des marchés publics.

Or, le premier caractère de ce cahier est d'être conservateur.

I. — Le cahier industriel est conservateur.

Le titre du cahier publié en 1955 constitue une nouveauté. Il consacre l'existence d'une nouvelle catégorie de marchés publics et annonce l'éclatement, confirmé en 1958, de la notion classique de marchés de fournitures. Il ne convient pas de retracer ici par quelle évolution la notion nouvelle de marché industriel s'est imposée. Il suffit d'admettre que depuis longtemps déjà les marchés de fabrication, les marchés surveillés en usine par les représentants de l'Etat avaient leurs caractères propres, qui s'accroissaient à mesure de l'évolution technique.

Aussi la nouveauté n'est-elle pas ce qui retient l'attention : le cahier industriel est essentiellement conservateur.

On peut rapidement écarter la remarque que, plus que le cahier des clauses et conditions générales du 21 novembre 1932, le cahier industriel contient un grand nombre de clauses réglementaires. Ces clauses n'ont pas, semble-t-il, leur place dans un cahier destiné à s'intégrer dans un contrat ; les articles correspondants, ceux du Titre II par exemple, alourdissent le cahier de façon excessive. C'est cependant à dessein que ces clauses y ont été introduites. Lorsqu'a été élaboré le cahier industriel, de 1950 à 1955, les textes fondamentaux fixant le régime juridique des marchés étaient anciens ; le décret du 6 avril 1942 était seul appliqué, jusque dans celles de ses dispositions qui ne sont jamais entrées en vigueur ; le décret du 18 novembre 1862, applicable à l'époque, était ignoré au point que son texte était introuvable. La Commission mixte a voulu présenter aux fournisseurs une synthèse de la réglementation des marchés.

Plus qu'il n'innove, le cahier industriel systématise les pratiques administratives. Le texte de 1955 ou de 1958 n'a souvent fait que reprendre, en la décrivant, la réalité du droit positif des marchés. De ce point de vue, si l'existence du Comité consultatif de règlement amiable a privé les juristes d'une partie de la jurisprudence administrative en matière de marchés, la lecture du cahier industriel et surtout de ses travaux préparatoires apporte à la doctrine une documentation d'autant plus précieuse qu'elle traite non de la solution d'un litige, comme le ferait une décision juridictionnelle, mais la pratique des services chargés de la passation et de l'exécution des marchés.

Il faut prendre garde toutefois que, souvent, le texte de 1955 systématise une pratique particulière à un service donné, non un usage général. Il en est résulté que les dispositions du cahier industriel, bien que préparées par des praticiens, sont pour une part restées lettre morte. Il en est ainsi notamment de la procédure des ordres de service qui ne s'est pas implantée dans toutes les directions.

Aussi voit-on, paradoxalement, deux idées contradictoires s'épanouir simultanément : le cahier de 1955 serait particulièrement bienveillant à l'égard des industriels ; il s'opposerait par là au cahier du 21 novembre 1932 qui serait plus rigide. On cite en ce sens la suppression de l'amende prévue en cas de résiliation par l'article 62, § 3, du cahier de 1932. A l'inverse, selon une seconde opinion, le cahier industriel serait de nature à effrayer les industriels par sa complication, par l'étendue des pouvoirs reconnus à l'Administration. C'est ainsi que la résiliation du marché peut être prononcée, en vertu de l'article 59, § 1, aux torts de l'industriel, lorsque celui-ci « a pris un tel retard dans les opérations de préparation et d'exécution du marché que la livraison dans les délais contractuels est manifestement compromise ».

Il n'est pas impossible d'expliquer cette apparente contradiction. Les clauses les plus sévères ne sont pas des innovations mais seulement l'application des principes généraux du droit des marchés. L'Administration en tirait des pouvoirs, qui existaient et pouvaient s'appliquer tant qu'ils n'avaient pas été limités par une clause expresse du Cahier de 1932. Au delà de ces dispositions, le droit commun reprenait son empire : si le Cahier de 1932 fixait un plafond aux pénalités pour retard, il n'avait pas prévu le cas d'inexécution du marché. Et dans ce cas, le Ministre était fondé à évaluer administrativement, sous le contrôle du juge du contrat, le montant du dommage causé à l'Etat, puis à en constituer débiteur le fournisseur défaillant.

L'extrême modération avec laquelle étaient utilisées les possibilités générales du droit administratif avait fait méconnaître ces facultés qu'ignoraient généralement les fournisseurs. Le fait d'avoir écrit ces règles jusqu'alors jurisprudentielles ne signifie pas nécessairement qu'il en sera fait un usage abusif.

Le cahier industriel repose ainsi sur la théorie classique du droit administratif, mais il a été rédigé avec le souci de n'en pas pousser trop loin les conséquences. Le texte adopté après plusieurs années de travail est en recul par rapport à certains projets. On

a fait valoir (1), par exemple, que « si l'on insérait dans le Cahier des charges une clause de résiliation sans indemnité, l'industriel se couvrirait contre le risque éventuel par une élévation certaine de son prix. Les clauses trop sévères ou trop compliquées ont toujours de graves inconvénients financiers ». Cette réponse de la Direction Générale des Poudres a été entendue. A l'inverse, certaines solutions favorables aux entreprises et dérogeant aux usages n'ont pas été retenues : la responsabilité du titulaire en cas d'avarie survenue pendant la période de garantie est, dans le cahier industriel comme par le passé, engagée sans que l'Administration doive prouver la faute du fournisseur. Une solution plus libérale, qui renversait la charge de la preuve a été rejetée à l'initiative du Comité de rédaction après avoir été adoptée par la Sous-commission des marchés industriels (2).

Le Cahier de 1955 est une œuvre collective. C'est aussi une œuvre de compromis qui a tenté de rester dans un juste milieu. C'est également l'œuvre de l'Administration, avec les défauts et les qualités que cela implique.

II. — Le cahier industriel est autoritaire ou même léonin.

Le cahier industriel est autoritaire ; il est même léonin dans ses innovations. Certains fournisseurs de la Défense nationale ont exprimé leur amertume de se voir ainsi menacés de sanctions. Ces plaintes étaient d'autant plus notable qu'elles émanaient de gens modérés. Plusieurs Chambres Syndicales ont protesté. Le cahier a été présenté en projet au Conseil National du Patronat Français dont les observations n'ont pas été retenues. A bien des égards, c'est la politique suivie par le Ministère de l'Air, par la Direction Technique et Industrielle de l'Aéronautique, à l'égard de ses propres fournisseurs, qui a influencé la rédaction du cahier de 1955.

Le cahier industriel est plus sévère que le cahier de 1932 et fait appel à toutes les ressources de la théorie classique des marchés publics. L'article 59, § 5 du cahier de 1958, prévoit qu'il est possible de porter au débit du titulaire du marché résilié, outre les pénalités pour retard portées au maximum, le montant des dommages intérêts évalués administrativement. Le cahier de 1932 ne connaissait pas cette faculté de porter au maximum contractuel

(1) Décembre 1951.

(2) Comité de rédaction, 15^e séance, 8 octobre 1952.

les pénalités à défaut d'un retard suffisant pour le justifier ; il était muet sur les dommages intérêts évalués unilatéralement et *a fortiori* sur le cumul de ces dommages intérêts avec les pénalités pour retard.

Le Conseil National du Patronat Français (3) a trouvé trop sévère l'article 30 du projet de cahier, devenu l'article 30 du cahier de 1955 et modifié en 1958. Le C.N.P.F. a demandé que le fournisseur ne soit pas tenu de sa faute, mais seulement de son dol ou de sa fraude, en ce qui concerne les conditions générales à remplir pour prendre part aux marchés. Allant plus loin, il a demandé que l'industriel ne soit pas tenu pour responsable s'il a trop présumé de ses moyens alors qu'il appartient à l'Administration de ne confier « l'exécution des fournitures qu'à une entreprise capable ».

L'Administration admet et proclame son droit et son devoir d'apprécier la capacité de l'entreprise ; l'article 30, § 1, du cahier industriel de 1958 le précise. Mais exiger le dol ou la fraude du fournisseur pour résilier à ses torts le marché qu'il est incapable d'exécuter, mettrait en cause le principe important de la force obligatoire des contrats.

De nombreux exemples de la sévérité du cahier industriel pourraient être cités. Mais certaines clauses de ce cahier vont plus loin et peuvent être considérées comme léonines.

Le cahier industriel a défini, dans les articles 59 et suivants les cas où la résiliation d'un marché est possible, aux torts du fournisseur ou sans faute de sa part. Le cahier définit également, pour chacune de ces deux hypothèses, la base du décompte de résiliation. On a vivement critiqué les règles sévères qui ont été posées pour la liquidation des marchés résiliés sans faute du titulaire et qui semblent s'être inspirées des lois d'exception sur la liquidation des marchés de guerre résiliés. Une étude particulière sera consacrée à ce problème particulier dont l'importance vient de ce qu'une décision administrative unilatérale est susceptible de porter atteinte à l'équilibre des prestations contractuelles, postérieurement à la conclusion du marché.

Nombre de dispositions du cahier industriel ont suscité des remarques analogues.

(3) « Observations du groupe d'étude des Marchés du Conseil National « du Patronat Français sur les quatre premiers titres du projet de Cahier « des clauses administratives générales applicables aux marchés de fabrications des départements de la Défense Nationale, du 5 janvier 1954 ».

L'article 16 du cahier industriel, paragraphe 3, oblige le titulaire du marché à signaler à l'Administration les erreurs contenues dans les documents techniques qui sont remis pour l'exécution du contrat. Dans ses observations du 5 janvier 1934, le Conseil National du Patronat Français écrit : « Les erreurs, contradictions ou omissions existant dans les documents techniques établis par l'Administration peuvent n'être pas décelables au premier examen et entraîner, pour le titulaire, des frais qu'il serait anormal de laisser à sa charge ». Il est évidemment regrettable de faire supporter au titulaire du contrat les conséquences financières de l'erreur commise par l'Administration. Cette nouveauté du Cahier de 1955 par rapport au Cahier de 1932 se justifie difficilement en droit. En fait, ce texte ne s'applique que rarement. Il supposerait un concours de circonstances tel qu'une erreur lourde, évidente soit passée dans le texte et que, à côté de la faute de l'Administration, existe une faute distincte du titulaire. Cela ne justifierait du reste qu'un partage de responsabilité. Ce texte irrite les fournisseurs et leur paraît surtout ridicule. Les documents visés sont d'une haute valeur technique et les industriels reconnaissent sans ambage qu'il leur est souvent extrêmement difficile d'y déceler les erreurs qui pourraient s'y trouver.

L'article 16 n'est cependant que le dernier vestige d'un texte plus draconien (4) selon lequel le fournisseur resterait seul responsable en cas de discordance entre les épreuves de réception définies par le contrat, et les possibilités du matériel exécuté strictement d'après les plans et documents remis par l'Administration. Ce projet a été écarté ; il ne sert à rien en effet d'accumuler de telles clauses, qui sont superfétatoires. La même solution découle en effet de l'application des principes généraux : en cas de contradiction dans les différentes communications, il convient essentiellement de rechercher si le marché recouvre une obligation de résultat, et l'on peut définir alors la responsabilité propre à chaque partie. En cas de doute, il nous paraît certain que le caractère d'obligation de résultat doit l'emporter sur celui d'obligation de moyens : les marchés industriels sont des marchés de fournitures, dans lesquels l'Administration n'a pas, en principe, la direction des travaux.

Les industriels et le C.N.P.F. n'ont cependant pas obtenu que soit modifié l'article 16 du cahier de 1958, ni que soit rétabli

(4) Texte présenté à la Sous-commission des Marchés Industriels (17^e séance, 15 mars 1951).

l'article 18, § 8, du cahier du 21 novembre 1932. Cet article prévoyait la prolongation du délai de livraison lorsque la remise des documents, modèles, etc., n'a pas été effectuée par l'Administration et de son fait, à la date prévue par le marché. On peut hésiter à qualifier de léonine cette abstention puisqu'en fait la prolongation est toujours accordée en pareil cas si le retard de l'Administration a eu une influence réelle sur la date de livraison de la fourniture.

D'autres clauses inquiètent les fournisseurs, celles fort nombreuses, qui décident qu'à défaut d'accord amiable, une décision administrative définitive est prise par le Ministre. Les industriels voient dans ces articles 6, 17, 50 et d'autres une disposition léonine, le Ministre serait ainsi à la fois juge et partie. Cette façon de voir est partagée par certains fonctionnaires étrangers.

Il est certain qu'il existe une tendance latente dans l'Administration à tenter d'interdire tout recours, en statuant définitivement et sans appel. En droit anglais, on dit qu'une décision « shall be final and conclusive », et cette formule dessaisit le juge. Mais c'est oublier qu'en droit administratif français, le juge ne saurait être ainsi dessaisi ; bien plus, la décision administrative est une condition de recevabilité du recours contentieux. Lorsque le Ministre statue définitivement, les recours gracieux ont épuisé leurs possibilités, la voie est ouverte aux recours juridictionnels à moins que, discrétionnairement et sans préjuger le fond, le Ministre n'accepte de renvoyer le litige devant le Comité consultatif de règlement amiable.

Il ne faut donc pas voir dans ces clauses des dispositions léonines. Tantôt elles organisent le recours hiérarchique contre les décisions des autorités subordonnées, tantôt elles précisent la limite de l'action de l'Administration active face à la juridiction administrative. On réaffirme par conséquent le caractère de droit commun et d'ordre public du contrôle du juge et de la règle de la décision préalable. L'article 86 du Cahier industriel le rappelle du reste clairement.

C'est sur un autre plan, qui n'est plus juridique, que ces décisions peuvent devenir léonines. Certaines sociétés dépendent étroitement des commandes passées par l'Etat ou par tel de ses services. En pareil cas, un recours contentieux se conçoit mal, si ce n'est de l'aveu du service intéressé qui serait soucieux de faire trancher une question de principe. Mais en pareil cas, le problème ne se pose même pas, la société ne saurait non plus se refuser à signer un contrat, fût-il draconien. La liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté sont alors vides de sens.

Mais ce serait une erreur d'incriminer les dispositions du cahier industriel. La garantie du juge disparaissant, ces clauses peuvent devenir léonines ; mais si elles étaient modifiées ou disparaissaient, la réalité économique subsisterait avec toutes ses conséquences.

Ce qui inquiète le plus les fournisseurs dans cette action unilatérale de l'Administration, c'est que cette action peut s'exercer sur le prix des fournitures. En cas de désaccord, l'Administration fixe unilatéralement le prix des modifications (article 46), celui d'un complément de fourniture (article 17, § 3), le montant des réfections (article 53, § 3), le montant des dommages et intérêts dus en cas d'inexécution du contrat (article 59, § 5, 1^o, 4^e alinéa), le montant du décompte de résiliation sans faute (article 61 § 4), le montant des redevances sur brevet (article 97).

Toutes ces clauses montrent que, du fait de la signature d'un marché industriel, le titulaire s'est placé dans une situation plus réglementaire que contractuelle. En fait, et notamment en ce qui concerne ces clauses financières, le cahier est interprété de façon différente par les différents département militaires.

L'article 6, § 1, prévoit la possibilité de passer un marché à prix provisoire plafond. Cette méthode rencontre de nombreuses critiques : les prix provisoires plafonds détruiraient l'équilibre financier du marché, en laissant au fournisseur les risques de perte sans lui laisser la possibilité de faire des bénéfices importants ; d'autres pensent à l'inverse que le fournisseur inclut dans ses prix une marge de risques considérable. C'est finalement en examinant comment sont déterminés les prix, définitifs ou provisoires, qu'il sera possible d'apprécier le caractère léonin ou non des clauses financières du cahier industriel.

Quoi qu'il en soit, les clauses du cahier industriel ne sauraient être étudiées indépendamment du milieu économique dans lequel elles sont appelées à jouer. Un fait demeure cependant, le cahier applicable aux marchés industriels est plus sévère que le cahier du 21 novembre 1932. Il est difficile de dire, avant d'avoir étudié l'usage qui en est fait en pratique, si ces clauses traduisent la force ou la faiblesse de l'Etat.

Le texte du cahier industriel a été critiqué. Trop détaillé, il devient tâillon. C'est ainsi que l'article 22, § 1, décrit minutieusement les précautions que doit prendre le fournisseur pour conserver les outillages spéciaux de fabrication. Les industriels critiquent cet article, inappliqué en fait, qui fait cependant peser une menace sur le fournisseur. Une fois achevée la série, les montages et outillages spéciaux n'ont souvent plus que la valeur de

la ferraille ; certains ne pourraient plus servir, même si une nouvelle commande était passée sans délai. L'appareil juridique de l'article 22 est hors de proportion avec les intérêts en jeu.

Les modifications apportées en 1958 ont renforcé la sévérité du cahier industriel. Les pénalités éventuelles de l'article 21, § 4 du texte de 1955 sont devenues obligatoires et doivent être prévues par le marché. Il s'agit du reste d'un ordre dépourvu de sanction. Le champ d'application des pénalités de l'article 21 s'accroît également et vise non seulement le cas de non-représentation ou d'usage abusif d'un matériel confié au titulaire d'un marché, mais encore les cas de mauvais emploi de ce matériel. En outre, les sanctions pécuniaires sont aggravées.

L'accroissement du nombre des cas où l'Administration est autorisée à infliger une sanction tend à faire oublier que l'Etat tire de la théorie générale des contrats administratifs des pouvoirs généraux. C'est essentiellement pour réagir contre les conséquences d'un tel oubli que le Comité restreint, chargé par la Commission d'Etudes des Marchés de la Défense nationale de poursuivre la mise à jour permanente du Cahier industriel, a admis l'idée de rappeler de façon très générale certains des principes généraux préexistants. L'article 59, dans sa rédaction future, permettrait de résilier le marché aux torts du fournisseur qui aurait manqué à ses obligations contractuelles.

III. — Le cahier consacre l'originalité des marchés industriels.

Le cahier de 1958 consacre l'originalité des marchés industriels en affirmant avec force les thèses soutenues par les Administrations chargées de passer ces marchés. Il serait vain de prétendre trouver, dans la diversité des Administrations et des situations concrètes, une parfaite unité de doctrine. Mais la notion même de marché industriel est née de la pratique des Administrations militaires et il est possible de montrer qu'il existe, à côté de solutions particulières, d'ailleurs explicables, un ensemble cohérent de préoccupations qui consacrent l'originalité des marchés industriels.

Le cahier industriel soumet les marchés qu'il régit à un régime particulier, caractérisé par la présence simultanée de quatre prérogatives, plus ou moins marquées, de l'Administration contractante. Celle-ci entend être à même de vérifier la capacité du fournisseur avant de traiter ; le titulaire du marché est librement

choisi par l'Administration ; l'activité du fournisseur est contrôlée pendant l'exécution du marché ; finalement, des moyens de coercition sont prévus, souvent sévères, parfois brutaux, pour obliger le fournisseur à s'exécuter de ses obligations contractuelles.

Ces prérogatives de l'Administration découlent naturellement du critère précédemment défini pour les marchés industriels et des caractères reconnus à ces marchés : la complexité, la technicité élevée, l'ampleur des moyens mis en cause, qui limite la concurrence, toutes ces données qui obligent l'Administration à tenir compte des problèmes de la production industrielle.

A. — LA CAPACITÉ DES FOURNISSEURS.

L'Administration entend vérifier la capacité de la personne avec laquelle elle va traiter. C'est là une conséquence inéluctable aussi bien de la complexité et de la technicité des marchés que du défaut de concurrence. Aussi n'est-il plus besoin de rappeler les critiques portées contre le système de l'adjudication publique ouverte, automatique, qui appartient au passé. L'article 14 du décret n° 56-256 du 13 mars 1956 laisse au Ministre toute liberté pour recourir à la procédure de l'appel d'offres. Seuls en fait les industriels connus, choisis et appelés sont susceptibles de déposer une offre : l'appel d'offres est dans la plupart des cas un appel d'offres restreint.

L'Administration se doit ainsi de vérifier que les moyens du fournisseur éventuel sont en rapport avec l'ampleur de la tâche qui lui incomberait. Il peut même arriver qu'un service s'efforce, paradoxalement, de diminuer la concurrence en appelant avec insistance l'attention des candidats sur les difficultés qu'ils auraient à surmonter pour exécuter le marché. Il s'agit, en pareil cas, d'éliminer des concurrents, certes sérieux, mais dont les offres, trop faibles, montrent avec évidence qu'ils n'ont pas eu une exacte connaissance des données du problème industriel à résoudre. Leur confier le marché mènerait inmanquablement à des déboires.

C'est pourquoi, dès les projets initiaux, il était prévu que « l'Administration passe les marchés de gré à gré avec les chefs d'entreprise qu'elle choisit librement » (5). C'est pourquoi égale-

(5) Article 27 du projet présenté le 10 juillet 1950 par le contrôleur de l'armée RIDEAU.

ment, les fournisseurs doivent être agréés avant de pouvoir participer à l'attribution des marchés industriels. Cet agrément préalable peut paraître inutile, les marchés en cause étant passés par appel d'offres ou de gré à gré. On peut cependant concevoir l'utilité de cet agrément, s'il est donné par l'Administration centrale, et évite à des établissements locaux, qui n'avaient pas les moyens d'appréciation voulus, d'établir eux-mêmes la liste d'appel. D'autre part, les coopératives ouvrières de production ont droit, sous certaines réserves, à se voir attribuer des marchés à un prix moyen. Ce droit ne saurait obliger les services de la Défense nationale à accepter un matériel de qualité inférieure, ni à supporter les conséquences d'un retard, si la marchandise venait à être rebutée. L'agrément préalable évite ces difficultés.

L'article 30 du Cahier industriel précise au § 1^{er} :

« L'exécution des marchés ne peut être confiée qu'à une entreprise ayant la capacité juridique, technique et financière nécessaire. L'Administration apprécie définitivement cette capacité, compte tenu éventuellement de celle de ses sous-traitants et de sous-commandiers proposés à son agrément » (5 bis).

Cette rédaction de l'article 30, § 1^{er}, est différente de celle de 1955, car le décret du 13 mars 1956, publié dans l'intervalle, a permis d'affirmer le libre choix du Ministre. Le pouvoir de l'Administration est très large. Il n'est pas discrétionnaire, en ce sens que le texte même de l'article 30 en limite théoriquement la portée.

En fait, la juridiction administrative examinerait le cas échéant des moyens d'annulation tirés de l'inexactitude matérielle des faits motivant la décision, ou d'un éventuel détournement de pouvoir (6). Mais aucune forme n'est imposée à l'Administration qui, notamment, n'a pas à motiver ses décisions. Les tribunaux refuseraient enfin d'examiner les faits, si cet examen revenait à juger l'appréciation technique faite par le service (7).

Mais si limité que soit le contrôle juridictionnel ainsi exercé sur l'action de l'Administration, les industriels préfèrent la procédure de l'appel d'offres qui évite de comparer des soumissions

(5 bis) Cf. sur ce point : « Les sous-traitants dans les marchés industriels » par J. DAUMARD, dans *l'Actualité Juridique*. Droit Administratif, 1962, page 6.

(6) Conseil d'Etat, 14 mars 1952. CHILLOU de SAINT-ALBERT. *Revue du Droit Public* 1952, p. 811.

(7) Conseil d'Etat, 27 février 1948. Société des Laboratoires du BAC, p. 100.

Conseil d'Etat, 27 avril 1951. Société TONI, p. 236.

répondant aux conditions techniques, et chères, avec des soumissions bon marché émanant de sociétés sans expérience.

L'examen de la capacité du fournisseur est ainsi essentiel. S'il a lieu effectivement du point de vue technique dans des conditions qui paraissent satisfaisantes, cet examen est moins rigoureux du point de vue financier. La capacité financière des entreprises est moins bien contrôlée qu'avant la guerre. Les banques refusent en général de donner des renseignements. La Caisse Nationale des Marchés, elle-même se refuse à répondre officiellement. « Le service le mieux informé est sans doute le service de l'escompte de la Banque de France. Avant guerre (les Administrations militaires étaient arrivées) à un accord avec ce service sous réserve qu'une seule personne soit accréditée auprès de lui, laquelle pouvait aller le consulter ; mais il lui était interdit de prendre des notes » (8). Actuellement du reste, aucun texte de loi ne permet en France à un représentant de la Défense Nationale de s'introduire dans une entreprise pour procéder à un examen de sa situation financière avant que lui soit confié un marché (9). Il en est différemment aux Etats-Unis. Il faudrait avoir l'accord de l'industriel, et cet accord peut dépendre de nombreux facteurs.

Sans doute serait-il possible qu'un représentant des départements militaires fût membre du Comité de Direction de la Caisse Nationale des Marchés de l'Etat ; d'autres Administrations moins importantes en ont un. La suggestion en a été faite à la Commission mixte par le rapporteur (10).

B. — LE LIBRE CHOIX DU FOURNISSEUR.

1° *La nécessité du libre choix.*

Les marchés industriels ne sont discutés qu'avec des fournisseurs choisis ou agréés par l'Administration. C'est là une nécessité.

Il y a à cela des raisons économiques. Souvent, le service contractant se trouve en face d'un monopole, ou en face d'ententes industrielles qui réduisent dans une mesure plus ou moins impor-

(8) Commission mixte des Marchés, 14^e séance, 12 juin 1952.

(9) Les commissaires du gouvernement, nommés par arrêté ministériel pris en exécution du décret-loi du 18 avril 1938 et du décret du 14 août 1939 auprès de certaines entreprises fabriquant du matériel de guerre, ne constituent pas une véritable exception à cette règle ; ils ne sont en fait accrédités qu'auprès de sociétés qui ont un large courant de marchés avec les départements militaires.

(10) Commission mixte des marchés, 14^e séance, 12 juin 1952.

tante la concurrence. L'adjudication publique ouverte est *a priori* totalement exclue : lorsqu'il s'exerce encore une certaine concurrence entre les fournisseurs éventuels, celle-ci ne s'exerce pas nécessairement sur le prix. Elle portera sur le coût de la maintenance et des pièces de rechange, l'interchangeabilité des pièces, les délais divers, et, naturellement, sur tous les éléments techniques de la fourniture. Le marché ne sera pas attribué essentiellement en fonction du prix ; celui-ci n'est qu'un élément d'appréciation parmi beaucoup d'autres, et ainsi, l'adjudication restreinte elle-même, bien qu'elle permette un choix préalable des fournisseurs admis à concourir, ne saurait convenir aux marchés industriels. Aussi n'est-il pas besoin de reprendre la critique, aujourd'hui classique, de l'adjudication sous ses différentes formes (11). Il convient toutefois de remarquer que si l'absence de concurrence dans certains secteurs de l'économie française apparaît de nos jours comme un phénomène permanent, durable, une concurrence peut renaître du fait du Marché commun.

C'est pourquoi les raisons techniques qui rendent nécessaire le libre choix du fournisseur sont plus importantes encore.

L'article 35, 2° du Décret n° 56-256 du 13 mars 1956 prévoit qu'il peut être passé des marchés de gré à gré pour les fournitures ou services « dont l'exécution ne peut, en raison de nécessités techniques ou d'investissements importants préalables, être confiés qu'à un fournisseur déterminé ». Bien souvent, la simple recherche de la rationalisation des fabrications conduit à un fournisseur unique, du fait de l'ampleur des investissements nécessaires. De même, pour une fabrication difficile, il est préférable de confier le marché au fournisseur qui, dans le passé, a produit un matériel analogue ou identique, afin d'éviter les tâtonnements et les gaspillages liés à la période de mise au point de la fabrication, également pour assurer une certaine uniformité du matériel en service. Les facteurs techniques et économiques ont ainsi les mêmes conséquences.

D'autre part, les marchés industriels qui sont complexes et exigent des efforts particuliers ne peuvent être assortis de spécifications techniques absolument complètes, allant jusque dans le détail. Il y a intérêt à profiter de l'expérience de l'industriel, qui propose, en remettant ses prix, une solution au problème technique qui lui est posé. L'Administration fait ainsi porter son choix non seulement sur les prix, mais aussi sur les délais, sur les solu-

(11) Voir sur ce point la thèse de M. QUANCARD.

tions proposées, sur la meilleure utilisation du potentiel industriel. Dans un tel choix, l'adjudication sur coefficient est un leurre ; elle n'a pas été retenue par le Décret du 13 mars 1956. En Belgique, l'article 5 de l'arrêté royal du 5 octobre 1955 a conservé les adjudications sur coefficients ; mais le « Commentaire pratique » de MM. de Grand Ry et Flamme précise que la cotation « n'est au fond que l'expression chiffrée d'une appréciation arbitraire ». Les préoccupations techniques expliquent ainsi pourquoi les marchés industriels sont parfois passés de gré à gré, alors qu'à première vue il eût été possible de faire jouer la concurrence.

Il est nécessaire que les marchés industriels soient passés sur appel d'offres ou par entente directe afin de réunir la confiance contrôlée avec le libre choix du prix et de la solution technique. Certains estiment que l'appel d'offres avec une large concurrence ne peut jouer en réalité que pour des fournitures nettement définies et catalogables (12) ; lorsque la réalité technique intervient et que le prix, même corrigé par un coefficient, ne peut à lui seul déterminer le choix, on se trouve en principe dans le cas du marché par entente directe ou du marché négocié, qui n'exclut nullement une certaine concurrence, du moins dans la phase d'approche des fournisseurs possibles. Ce point de vue a été critiqué en séance ; l'appel à la concurrence est toujours fructueuse, même pour les fournitures non catalogables. Mais en ce cas, l'appel à la concurrence n'exclut pas la négociation : après avoir choisi l'un des appelés pour des raisons techniques, on peut discuter avec lui pour obtenir un abaissement de son prix (13). L'article 28 du décret 56-256 du 13 mars 1956 a du reste limité le droit de l'Administration de négocier avec les fournisseurs une fois ouvertes les offres, mais ce texte est d'application difficile.

La frontière est parfois difficile à tracer entre les marchés de gré à gré et les marchés sur appel d'offres. Mais dans les deux cas, un élément commun existe, la confiance, élément essentiel qui est à la base des marchés indépendamment du prix.

A côté des raisons économiques et techniques, les impératifs de la Défense nationale imposent le libre choix du fournisseur.

Les cahiers industriels de 1955 et de 1958 comprennent des clauses relatives au secret qui doit être gardé par le fournisseur. Bien avant que le marché ne soit conclu, des précautions parti-

(12) Commission mixte des Marchés. 13^e séance, 5 juin 1952. Intervention du Président de la Commission.

(13) Même séance. Intervention d'un membre de la Commission.

culières peuvent, en certains cas, devoir être prises. Le marché ne sera confié qu'à des entreprises connues et choisies. Dans le choix interviendront la nationalité de la société, la nature des intérêts financiers qui y sont représentés, la qualité des sous-traitants nécessaires. Il est difficile de définir d'une façon exhaustive toutes les préoccupations susceptibles de justifier la nécessité de laisser l'administration libre de choisir son cocontractant.

A côté du problème de la sécurité, l'aspect industriel, pris cette fois sous l'angle de la Défense nationale, ne peut être négligé. L'article 35, 11°, du décret n° 56-256 du 13 mars 1956 autorise la passation des marchés de gré à gré lorsqu'il importe de maintenir ou de développer la capacité de production d'entreprises déterminées dont l'activité est jugée nécessaire dans l'intérêt de la Défense nationale.

Cet article 35, 11°, présente, sur le plan juridique un intérêt particulier. Il permet à l'Administration, dans l'intérêt de l'Etat et dans le cadre des mesures qui auront été préalablement décidées par le Parlement ou par le Gouvernement, de renoncer partiellement dans la mesure où c'est indispensable à l'égalité de tous les citoyens devant la loi. On retrouve ici un problème connu du contentieux administratif, qui s'était posé à propos des mesures de dirigisme économique (14).

L'article 35, 11°, est en effet quelque chose de plus qu'un simple cas où il est légal de traiter de gré à gré. Cet article suppose une volonté de développer le potentiel industriel d'une entreprise privée déterminée et implique une aide de l'Etat. C'est également une aide de l'Etat à une entreprise privée qui a été à l'origine du recours jugé le 29 juin 1951 par le Conseil d'Etat (15).

Une politique économique destinée à préparer le temps de guerre est ainsi prévue par le décret du 13 mars 1956.

2° *La tradition du libre choix.*

Il est traditionnel que les marchés de fabrication soient attribués à un industriel librement choisi par l'Administration, après un appel d'offres ou sans appel à la concurrence. Bien plus, certains estiment que « les services ne tiennent pas suffisamment

(14) Conseil d'Etat (section) 29 juin 1951. Syndicat de la Raffinerie de Soufre française, p. 377. DALLOZ, 1951, 661 note WALINE.

Conseil d'Etat (section) 3 juillet 1953, Société CENPA.

(15) Conseil d'Etat (section) 29 juin 1951. Syndicat de la Raffinerie de Soufre française (précité).

compte des règles restrictives d'emploi du marché par entente directe telles qu'elles sont fixées par le décret du 6 avril 1942, et passent souvent des marchés par entente directe alors qu'il y aurait possibilité de faire jouer la concurrence ; le marché par entente directe devient le cas général » (16).

Sans aller aussi loin, et sans accepter cette dernière conclusion, on peut du moins admettre que personne ne conteste que le libre choix du fournisseur soit la pratique couramment suivie en ce qui concerne les marchés industriels.

Ce n'est pas une particularité du droit administratif français, et à l'étranger également, les marchés industriels sont confiés à des fournisseurs librement choisis par l'Administration.

L'exemple des Etats-Unis d'Amérique est peut-être le plus caractéristique (17).

Une très grande liberté est laissée aux Etats-Unis aux négociateurs des marchés. Mais des instructions détaillées précisent les motifs qui doivent guider leur décision aussi bien pour le choix de la procédure à employer que pour la fixation des prix. Ces instructions n'ont pas le caractère de prescriptions impératives. Elles forment plutôt une méthode pour analyser, réfléchir et décider.

On ne distingue aux Etats-Unis que deux modes de passation des marchés : l'appel d'offres (le « Procurement by formal advertising ») et le marché négocié (le « Procurement by negotiation »). La loi fondamentale américaine de 1947 (loi n° 413) sur la Défense nationale a conservé le caractère subsidiaire des marchés négociés, mais il y est fait de nombreuses exceptions et l'on admet que les marchés négociés ont perdu ce caractère en apparence maintenu. De toutes façons, même selon la procédure du « Procurement by formal advertising », l'attribution du marché au moins-disant n'est en aucune façon obligatoire, et le contrat est conclu avec l'auteur de l'offre la plus avantageuse. En fait, l'appel d'offres ne serait utilisé que pour les fournitures courantes, et pour les objets dont les caractéristiques peuvent être exactement définies au moment de l'appel. Dans les autres cas, il serait fait usage de la procédure des marchés négociés.

(16) Commission mixte des marchés. Sous-Commission des Marchés Industriels 1^{re} séance, 16 février 1950.

(17) La source de ce qui est dit ci-après sur le droit américain se trouve dans l'intervention du Contrôleur Général PAULHAC, à la 12^e séance de la Commission mixte des marchés, le 25 avril 1951, et à la 13^e séance, le 5 juin 1952.

Ainsi, l'on peut admettre que les marchés négociés du droit américain correspondent aux marchés industriels tels qu'ils ont été définis. Le libre choix du fournisseur est, dans les deux cas, la règle.

La Grande Bretagne, la République Fédérale Allemande, la Belgique réservent par contre une place plus considérable à l'adjudication, généralement sous la forme de l'adjudication restreinte. Mais les procédures sans concurrence et les procédures où le libre choix de l'Administration est reconnu ont un domaine étendu, justifié notamment par l'urgence, par les monopoles, par les cas où des considérations de secret jouent. On retrouve des notions connues, la réglementation insistant peut-être plus qu'en France sur la nécessité de faire jouer la concurrence.

3° *L'adaptation nécessaire.*

Des critiques ont été formulées contre la solution apportée en France au problème du choix du titulaire d'un marché industriel. Tantôt elles sont le fait de spécialistes, juristes ou représentants des professions, et s'expriment généralement dans des revues spécialisées ; tantôt elles gagent la presse quotidienne et cherchent à intéresser le grand public.

Les critiques faites sont divergentes ; il n'est pas impossible, lorsqu'elles émanent des milieux industriels, d'y reconnaître la marque de structures économiques fondamentalement divergentes.

Certaines industries travaillant, pour une large part de leur chiffre d'affaires, avec les administrations publiques, et habituées à un travail de qualité, mais aussi à des prix de revient élevés, se plaignent que la procédure de l'appel d'offres présente l'inconvénient que le moins-disant l'emporte presque automatiquement, bien qu'il n'y ait pas là une règle écrite. En fait, l'expérience des marchés industriels montrerait plutôt que l'Administration use de son pouvoir d'appréciation ; notamment, il est parfois démontré que le moins-disant n'est pas retenu pour avoir accepté des conditions qu'il est hors d'état de tenir, par exemple un rythme de fabrication excessif en fonction de ses investissements ; par ailleurs, il est à peine besoin de rappeler combien de fois les services publics ont été critiqués pour préférer la solution techniquement la plus avancée mais aussi la plus onéreuse.

A l'inverse, le Conseil National du Patronat français trouvait trop grande la liberté dont jouissait l'Administration, lorsqu'il

demandait (18) la suppression du paragraphe 4 de l'article 33 du Cahier industriel de 1955 : « l'Administration se réserve le « droit de scinder la fourniture au mieux des intérêts de l'Etat, « sauf stipulation particulière insérée dans l'appel ou l'offre ». Supprimée le 22 février 1954, rétablie le 8 mars 1954, cette disposition a disparu de l'article 32 du cahier industriel du 7 mai 1958, sans qu'on puisse affirmer qu'il y ait eu le moindre changement dans la pratique administrative.

Toutefois, ces critiques, si divergentes soient-elles, montrent qu'un effort d'adaptation est nécessaire, au moins du point de vue psychologique. Une solution a été envisagée. Le Président de la Commission mixte des marchés (19) estimait que « la suspicion à l'égard de l'appel d'offres provient de l'absence de « publicité ». Les remèdes seraient trouvés dans la publicité des appels, dans l'inscription de tout fournisseur le demandant, sauf si un rapport écrit, évidemment confidentiel, signé et engageant la responsabilité de son auteur, concluait au rejet de la demande d'inscription. A terme, on aboutirait à créer un fichier national des fournisseurs.

Ces solutions s'inspirent largement de l'exemple des Etats-Unis d'Amérique. La procédure de l'appel d'offres est usuelle : « La « garantie de cette procédure ... réside d'une part dans la très « large publicité faite autour de l'appel d'offres, d'autre part « dans les directives substantielles données aux fonctionnaires par « l'instruction qui régit ce mode de passation (l'appel d'offres) « de sorte que la responsabilité de ces derniers paraît devoir « aisément être mise en cause s'ils ont agi pour des motifs étran- « gers à l'intérêt de l'Etat. Quand le marché n'a pas été attribué « au moins-disant, un rapport est fait à un organisme analogue « à notre Cour des Comptes » (20).

« ... Le fait de ... placer (l'appel d'offres réglementé, tel qu'il « est conçu aux Etats-Unis) en quelque sorte sous le contrôle « du public supprime la critique qui peut lui être faite en France, « à savoir de permettre des omissions plus ou moins volontaires « de la part des fonctionnaires chargés de le mettre en œuvre...

(18) Commission mixte des marchés de la Défense Nationale. 62^e séance du Comité de rédaction, 22 février 1954.

(19) 12^e séance, 25 avril 1951.

(20) Contrôleur général PAULHAC. Commission mixte des marchés, 12^e séance, 25 avril 1951.

« Le système américain paraît donner à ce sujet des garanties « très appréciables » (21).

Il ne faut pas surestimer l'intérêt de l'exemple américain. Dans une large mesure, les Etats-Unis n'ont fait que copier des solutions françaises d'avant-guerre.

En 1939, une publicité des appels d'offres analogue à celle qui est faite aux Etats-Unis était réalisée en France par les départements militaires. A partir de 1945, les administrations militaires ont dû passer par l'intermédiaire des groupements économiques locaux, des Chambres de Commerce notamment (22). Peu à peu, les Administrations ont reconstitué leur documentation. Parallèlement, les industries se rodaient aux sujétions des marchés industriels.

Les essais périodiquement tentés d'élargir la concurrence se soldent fréquemment par des échecs retentissants. Les firmes nouvellement appelées ne répondent pas, ou leurs offres sont faites à des prix excessifs ; parfois, ce qui est plus grave, elles emportent le marché mais ne peuvent achever la fourniture. Il faut bien admettre que susciter une concurrence nouvelle est plus complexe que lancer un appel d'offres sur le plan national. Cela suppose des vues lointaines et des moyens d'action, et surtout, une volonté délibérée de développer une certaine industrie, tous éléments qui sont rarement réunis, l'Administration n'ayant qu'à de rares occasions la tâche de promouvoir une politique économique.

Lorsqu'après l'interruption de la guerre les commandes d'obus ont été reprises, un large appel à la concurrence a été fait. Les quantités commandées étaient réparties entre plusieurs marchés, de façon à ne pas éliminer les petites entreprises n'ayant pas les moyens de financer une production importante. De fait, certaines commandes ont pu être attribuées à un prix très bas, en raison notamment de la faiblesse des taux de frais généraux de certaines entreprises. Les résultats n'ont pas été satisfaisants. L'effort d'investissement nécessaire pour éviter des rebuts massifs n'a pas toujours pu être fait ; de nombreux marchés ont dû être résiliés en entraînant des pertes sensibles et des retards considérables. La concurrence ainsi créée n'a pu, dans une large mesure, se maintenir. Deux conditions nécessaires n'étaient en effet pas réunies : que

(21) Contrôleur général PAULHAC. Commission mixte des marchés, 12^e séance, 25 avril 1951.

(22) Commission mixte, 13^e séance, 5 juin 1952.

l'entreprise s'essayant à une fabrication nouvelle ait réalisé les investissements nécessaires, sur des crédits propres, des crédits bancaires ou des avances sur marchés ; que l'entreprise ait par ailleurs des débouchés suffisants — et autant que faire se peut, des débouchés qui ne soient pas placés sous la dépendance des crédits budgétaires — pour assurer la rentabilité de ses productions.

Susciter une concurrence est ainsi une œuvre à long terme, à vues larges, et quelque chose d'une nature autre qu'un appel d'offres élargi. Toutefois, ceci n'est vrai rigoureusement que dans le cadre national. Le problème est déplacé si l'élargissement de l'appel d'offres consiste à demander à des firmes étrangères, capables techniquement et financièrement, de participer à des marchés dont elles étaient exclues auparavant.

Un effort d'adaptation doit être fait également sur le plan de la réglementation des marchés, et sur celui de la pratique administrative. Mais dans le secteur public et dans le secteur privé, des différences d'appréciation sur la nature des modifications nécessaires apparaissent.

L'Administration estime qu'il est nécessaire d'alléger la réglementation pour permettre une meilleure négociation des marchés et donc pour ôter aux critiques ce qu'elles peuvent contenir de vrai : « la réglementation trop poussée de l'appel d'offres risque de se révéler préjudiciable aux deniers de l'Etat en enlevant toute souplesse à cette procédure. Les services sont souvent amenés à engager une discussion avec les fournisseurs les mieux placés » (23). On notait ensuite (24) la crainte qu'une réglementation trop poussée de l'appel d'offres n'incite les services à utiliser *a priori* la procédure de l'entente directe, qu'il se produise devant l'appel d'offres une fuite analogue à celle qui a été constatée devant l'adjudication. « Les trois départements militaires sont très attachés au maintien de l'éventualité d'un prolongement de l'appel d'offres sous forme de tractations engagées avec le ou les soumissionnaires dont les offres paraissent les plus intéressantes » (25).

A l'inverse, le Conseil National du Patronat Français a présenté des observations (26) tendant à limiter la liberté d'action des services publics, plus spécialement en ce qui concerne les

(23) Commission mixte des marchés de la Défense Nationale, 17^e séance, 23 juin 1953.

(24) *Idem.*

(25) *Idem.*

(26) Lettre du C.N.F.F. au Président de la Commission mixte, du 5 janvier 1954.

demandes de rabais adressées aux industriels ayant déposé une offre. Deux idées distinctes sont à considérer.

D'une part, « l'Administration ne devrait exercer son droit de scinder la fourniture qu'avec l'accord du fournisseur. En effet, les offres sont établies en tenant compte de l'importance de la fourniture. En cas de fractionnement, les conditions proposées par eux pourraient être à bon droit différentes » (27).

Cette demande est raisonnable. Les prix industriels sont faits pour une quantité donnée. Des barèmes, variant selon la nature des fournitures, donnent une idée des variations de prix consécutives à une hausse ou une baisse de la quantité commandée. Au surplus, il est fréquent que l'appel, ou que les offres elles-mêmes demandent ou produisent des prix en fonction des quantités. On retrouve de même en droit allemand les « Mengerabatte », ou rabais pour grande quantité. Enfin, l'article 2, § 2 des conditions industrielles de mai 1953, doit donner aux fournisseurs toute tranquillité.

D'autre part, les appels à la concurrence, consécutifs à un premier appel que le service n'a pas jugé satisfaisant, ou qui n'a pas été approuvé par le Ministre ou son délégué, sont violemment critiqués : la pratique des demandes de rabais sur les offres serait, à la longue, plus nuisible qu'utile aux intérêts de l'Etat. Surtout : « il peut arriver qu'un nouvel appel à la concurrence tienne compte de suggestions techniques que l'un des soumissionnaires peut à bon droit considérer comme sa propriété et qu'il ne souhaite pas voir offrir gratuitement à ses concurrents » (28).

Le comité de rédaction (29) a admis volontiers que, lorsque la concurrence joue, le soumissionnaire est amené de lui-même à serrer le prix qu'il indique dans son offre, dès l'origine ; ce n'est donc qu'à titre exceptionnel qu'il doit être demandé aux concurrents les mieux placés de baisser leurs prix, les commandes doivent enfin leur être attribuées en totalité ou en partie selon que leur potentiel de fabrication est suffisant ou non pour produire les quantités voulues.

Par contre, les concurrents classés à la suite doivent être invités à faire un rabais. « Il est normal, lorsque l'Administration est obligée de répartir la commande entre plusieurs concurrents, de

(27) Lettre du C.N.F.F. au Président de la Commission mixte, du 5 janvier 1954.

(28) Lettre du C.N.F.F., du 5 janvier 1954.

(29) 62^e séance du comité de rédaction, 22 février 1954.

refuser d'accepter des prix sensiblement plus élevés que ceux des moins-disants » (30).

L'article 28 du décret 56-256 du 13 mars 1956 n'autorise une discussion, après un appel d'offres, qu'avec les fournisseurs les mieux placés, et seulement pour départager ceux dont les offres sont tenues pour équivalentes. Ce texte n'a pas prévu le cas où le fournisseur le mieux placé n'a pas une capacité de production suffisante pour fabriquer, dans les délais voulus, les quantités nécessaires. Au surplus, il est difficile d'affirmer si des offres sont ou non équivalentes, dès que se mêlent des considérations de prix, de délai, de qualité et de conception générale du matériel. Enfin, même après l'ouverture des offres, des problèmes nouveaux peuvent se poser, qui impliquent une discussion avec le fournisseur. Lorsque l'Administration est contrainte d'exiger du fournisseur qu'il fournisse un devis explicatif, détaillant en ses divers éléments le prix contenu dans les offres, les taux de frais généraux retenus peuvent paraître excessifs. Ce n'est là qu'un exemple, qui montre qu'il est difficile de donner sur ce point satisfaction à la demande des industriels, et d'appliquer à la lettre le décret de 1956.

L'inquiétude du C.N.P.F. sur les conséquences d'un second appel d'offres, qui risque de dévoiler certains secrets, propriété du soumissionnaire n'est pas illusoire, mais les cas où elle pourrait être justifiée sont si rares qu'il n'a pas paru nécessaire de prendre des mesures préventives. Le principe a toutefois été admis de respecter cette forme de la propriété industrielle (31). Une réglementation interviendrait certainement si des abus se manifestaient.

Il est difficile d'accepter intégralement toutes les critiques qui ont été faites à l'encontre du système actuel de l'appel d'offres. On voit des sociétés consentir des rabais de 10 ou 20 pour cent sur des offres antérieurement remises, alors qu'elles affirmaient avoir établi leur devis à quelques unités pour cent près. Tel est l'effet de la concurrence, lorsqu'elle réussit à se manifester. A vrai dire, il peut également se faire, en une période de dépression, que l'industriel ait avantage à enlever un marché à perte plutôt qu'à laisser inutilisés des investissements. L'Etat doit-il se priver du gain immédiat que représente, dans ces conditions, l'attribution du marché au moins-disant ? L'Etat doit-il s'abstenir de provoquer une telle baisse de prix, en s'interdisant de négocier un rabais sur les offres déposées ? C'est là en réalité poser un problème qui

(30) *Idem.*

(31) Comité de rédaction. 9^e séance. 28 mai 1952.

sort du cadre de la réglementation des marchés ; il s'agit là de définir une politique économique.

De même, scinder une fourniture et la répartir entre plusieurs industriels ne saurait être interdit par une mesure générale. D'une part, le droit positif oblige au contraire, en certains cas, à répartir des commandes ; il en est ainsi pour favoriser les coopératives ouvrières de production. D'autre part et surtout, scinder la fourniture peut être nécessaire, pour assurer la tenue des délais, pour éviter de dépasser la cadence optima de production, pour susciter une concurrence, notamment lorsqu'il s'agit d'une technique nouvelle ou d'une fabrication de haute précision et où les quantités commandées sont faibles et que, de toute façon, le groupement en une seule commande ne permettrait pas un abaissement notable du prix. Là encore, une solution ne se justifie guère en soi ; elle ne se comprend que comme un élément d'une politique plus vaste.

En fait, le cahier industriel, dès sa rédaction de 1955, a devancé la réglementation des marchés, en allant assez loin dans le sens voulu par l'Administration.

Le cahier de 1955, paru à une époque où le régime de droit commun était encore l'adjudication, et où certains services pensaient encore que les cas où l'appel d'offres était autorisé, devait être interprétés restrictivement (32), prévoyait dans l'article 33, § 4, avant-dernier alinéa, que l'Administration a le droit « de choisir finalement entre les offres, au mieux des intérêts du service, dont elle est seule juge ». Cette disposition revêt un caractère général, souligné par le titre même de cet article 33 : « procédure de passation et de conclusion des marchés », et montre que le libre choix est la règle en matière de marchés industriels.

L'article 32 du Cahier industriel de 1958, rappelle simplement l'existence de ce libre choix et précise, conformément au décret n° 56-256 du 13 mars 1956, que les marchés industriels sont passés soit sur appel d'offres, soit de gré à gré.

Il est intéressant de noter qu'on a finalement renoncé à soumettre aux obligations comptables tout marché qui serait conclu de gré à gré. L'article 34, qui n'impose l'insertion des obligations comptables que lorsque le prix du marché n'est pas entièrement déterminé, montre ainsi que s'atténue la crainte irraisonnée des marchés de gré à gré.

(32) Cf. Procès-verbal de la Commission mixte des Marchés, 13^e séance, 5 juin 1952.

La question a été posée de savoir si dans le cas de difficultés techniques qui autorisaient la passation d'un marché de gré à gré, l'Administration était ou non en droit de faire un appel d'offres.

C. — LES CONTROLES EXERCÉS.

Il apparaît que les marchés industriels ne sont pas nécessairement passés après un appel à la concurrence ; lorsqu'ils le sont, la concurrence n'est souvent que partielle. Le régime applicable à ces marchés sera naturellement influencé par cette donnée fondamentale, à la fois économique et juridique.

Les marchés industriels sont soumis comme tous les marchés publics aux divers contrôles qui tendent à assurer la régularité des opérations administratives. Mais en dehors de ces prescriptions générales, l'Administration entend contrôler l'activité du fournisseur titulaire d'un marché industriel ou désirant le devenir. Toutes les garanties qu'il n'a pas été possible de trouver dans l'adjudication et dans la concurrence ont été recherchées dans divers contrôles qui s'exercent sur le fournisseur et forment un élément important du régime applicable à ces marchés.

Les marchés industriels sont ainsi des « marchés surveillés » et des « marchés contrôlés ». Par là, l'Administration possède une source très riche de documentation et de renseignements sur les fournisseurs. Le secret professionnel qui pèse sur les fonctionnaires et agents de l'Etat permet d'éviter qu'un usage anormal ne soit fait de ces renseignements.

Un contrôle sur les fournisseurs est nécessaire dans la mesure même où les marchés industriels supposent des moyens de production très développés et une capacité toute particulière du titulaire. D'autres contrôles s'exercent sur les fournitures elles-mêmes, pour assurer que les produits répondent aux spécifications techniques.

Les contrôles ont lieu à tous les stades. Contrôles *a priori*, lorsqu'un fournisseur demande à être inscrit sur la liste des fournisseurs officiels. L'agrément préalable est un moyen commode pour inciter les fournisseurs à ne pas exagérer le secret des affaires et à renseigner l'Administration en fournissant certains éléments comptables, en faisant visiter les installations, en exposant les projets d'investissement et en justifiant des moyens de financement à court et à long terme. Contrôles concomittants, d'autre part, dont les uns sont techniques et les autres comptables. La complexité des marchés industriels exige que la production soit contrôlée alors même qu'elle est en cours, et sans attendre l'achèvement de la fourniture. Des services spécialisés existent dans les trois départements militaires. Les contrôles comptables peuvent être effectués pendant l'exécution du marché, si une clause expresse du contrat

le prévoit, mais il est fréquent que les examens correspondants soient faits *a posteriori*. Dans les deux cas, le contrôle n'a pas les mêmes caractères, ni la même importance. L'on doit donc distinguer entre le contrôle exercé sur les fabrications de matériel de guerre et les contrôles comptables qui existent indépendamment de la nature du matériel fabriqué.

1° *Le contrôle des fabrications de matériel de guerre.*

Depuis 1935, la loi a soumis les industriels fabriquant du matériel de guerre à un régime juridique d'exception, allant de l'autorisation préalable au contrôle financier de l'entreprise. Cette législation, faite par décrets, est née au moment où l'éventualité d'une guerre prochaine se précisait et procède d'un esprit d'hostilité envers les « marchands de canons ». Le rapport au Président de la République, en date du 30 octobre 1935, précise que le Gouvernement pense répondre au vœu de l'opinion publique en instituant, sur les entreprises fabriquant du matériel de guerre, un contrôle s'exerçant au double point de vue de la détermination de leurs bénéfices et du champ de leur activité.

Actuellement, le décret-loi du 30 octobre 1935 et le décret-loi du 18 avril 1939, permettent de résoudre certains problèmes posés par les marchés industriels en général et par les marchés de fabrication de matériel de guerre en particulier. Ces textes comportent deux éléments : d'une part, ils soumettent les fabricants de matériel de guerre à une tutelle administrative, qui est l'œuvre du décret-loi de 1939, d'autre part, ils remettent à l'Etat des pouvoirs d'investigation comptable sur les fabricants de matériel de guerre.

Les deux décrets-lois se complètent, sans qu'il soit aisé de définir exactement la part qui revient à chacun d'entre eux. Une refonte de ces textes s'imposerait. Un contrôle très général, temporaire ou permanent, est créé par le décret-loi de 1935 qui prévoit la nomination de Commissaires du Gouvernement auprès des sociétés produisant du matériel de guerre et leur attribue des pouvoirs d'investigation comptable. Le décret-loi de 1939 complète sur ce point le décret-loi de 1935, et soumet en outre les personnes voulant se livrer à la fabrication du matériel de guerre à un régime d'autorisation préalable. Il renforce enfin les sanctions et prévoit des peines de prison pour qui s'opposerait aux contrôles comptables.

LES COMMISSAIRES DU GOUVERNEMENT.

Le décret du 30 octobre 1935, pris sur habilitation législative, impose la présence d'un Commissaire du Gouvernement aux entreprises titulaire de marchés de matériel de guerre. Les Commissaires du Gouvernement doivent avant tout « recueillir, pour le compte du département ministériel qui les a nommés, les renseignements d'ordre administratif, financier et comptable concernant l'entreprise auprès de laquelle ils sont placés et dont la connaissance est jugée utile ou nécessaire par ledit département ministériel » (33).

Pour qu'ils puissent remplir leur tâche, les Commissaires du Gouvernement ont le droit d'obtenir des entreprises communication de tous les documents comptables et statistiques, avec pièces justificatives à l'appui (34). Afin de permettre des comparaisons, les entreprises soumises aux dispositions du décret du 30 octobre 1935, peuvent être assujetties à présenter leurs bilans, comptes de profits et pertes et comptes d'exploitation, sous des formes déterminées par un arrêté interministériel (35). Enfin, des pénalités ont été prévues par l'article 6 du décret du 30 octobre 1935 qui donne ainsi un fondement légal au paragraphe 5 de l'article 34 du Cahier applicable aux marchés industriels.

Les pouvoirs d'information des Commissaires du Gouvernement sont très étendus. Le décret du 30 octobre 1935, permet aux Commissaires du Gouvernement de prendre une connaissance approfondie de l'activité de la société, de son évolution, de l'orientation des décisions engageant l'avenir. Là, s'arrêtent les pouvoirs de droit tirés du décret de 1935.

Le Ministère de l'Air a estimé devoir aller plus loin. Aussi bien la structure de l'industrie aéronautique est-elle particulière. Le décret du 2 juin 1936 (36), pris en application du décret du 30 octobre 1935, précise que les Commissaires du Gouvernement « assistent, sans toutefois participer aux délibérations ni aux votes, aux séances des conseils d'Administration, des comités de direction et des comités de surveillance de quelque nom que ces comités soient désignés ».

Toute possibilité de voter est exclue. Le Commissaire du Gouvernement n'a pas voix délibérative ; mais rien dans le décret ne

(33) Article 3 du décret du 30 octobre 1935.

(34) Article 4 du même décret.

(35) Article 5 du même décret.

(36) *Journal Officiel* du 3 juin 1936, p. 5.868. Article 2, 2^e alinéa, du décret du 2 juin 1936.

lui interdit de donner un avis ou de demander des explications. Il faut bien admettre que le Commissaire du Gouvernement représente l'Etat, c'est-à-dire le client principal de l'industrie aéronautique. C'est pourquoi, les avis du Commissaire du Gouvernement ont, en certains cas, une portée infiniment plus grande que ne le laisseraient supposer les seules compétences d'information.

Dans les sociétés nationales de constructions aéronautiques, le décret du 12 décembre 1950 (37), a en outre permis au Contrôleur d'Etat et au Contrôleur de l'Aéronautique désignés pour suivre l'activité d'une telle société, de demander qu'il soit sursis à une décision du Conseil d'Administration.

En fait, ce droit de veto n'a que rarement l'occasion d'être utilisé. Une lettre exprimant la désapprobation du représentant de l'Etat aurait le même effet : il en serait tenu le plus grand compte. Mais à l'inverse, les Commissaires du Gouvernement comprennent fort bien les difficultés de l'entreprise auprès de laquelle ils sont placés, et il est rare qu'un conflit s'élève entre eux et cette société.

L'AUTORISATION ADMINISTRATIVE.

Les entreprises qui désirent fabriquer du matériel de guerre ne peuvent le faire sans en avoir obtenu l'autorisation. C'est l'article 2 de la loi du 11 août 1936, sur la nationalisation de la fabrication des matériels de guerre qui a prévu cette tutelle de l'Etat, organisée ultérieurement par le décret-loi du 18 avril 1939 (38). Un contrôle préalable, puis un contrôle permanent sur l'industrie de guerre sont prévus. L'industriel qui veut créer, fermer ou transférer une fabrique de matériel de guerre doit, selon l'article 2 du décret-loi, en faire la déclaration préalable au Préfet du département. L'industriel ne peut pas exercer son activité avant d'avoir obtenu l'autorisation administrative. Les décrets du 14 août 1939 et l'arrêté interministériel du même jour (39) ont édicté la réglementation appelée par les textes de principe.

L'article 33 du Cahier applicable aux marchés industriels rappelle les dispositions particulières aux marchés de matériel de guerre et fait référence aux textes applicables. Le second paragraphe de l'article 33 vise le cas où « exceptionnellement », l'Etat notifierait un marché de guerre à une entreprise n'ayant pas

(37) Décret n° 50-1939, du 12 décembre 1950. *J.O.* du 15 décembre 1950.

(38) *Journal Officiel* du 13 juin 1939.

(39) *Journal Officiel* du 19 août 1939.

obtenu les autorisations nécessaires pour fabriquer ou vendre le matériel en cause. Il arrive en effet que certaines sociétés, spécialisées dans la fabrication de matériel de guerre, ne soient pas en règle avec la lettre de la loi.

2° Les obligations comptables.

LA RÉGLEMENTATION.

L'article 34 du Cahier industriel définit les obligations comptables qui pèsent sur les titulaires de marchés de matériel de guerre, de marchés à prix non entièrement déterminées, enfin, de marchés pour lesquels le prix n'est déterminé que pour une partie de la commande.

Cet article prévoit que les obligations comptables peuvent être étendues, contractuellement, aux titulaires d'autres marchés ainsi qu'à certains sous-traitants et sous-commandiers agréés.

Le cahier des clauses et conditions générales du 21 novembre 1932 ne prévoyait pas de telles obligations qui, ou bien existaient du chef de la loi, ou bien n'avaient pas à être insérées. De ce point de vue, le cahier de 1932 conservait au mieux la doctrine la plus ancienne selon laquelle les marchés de fournitures étaient passés à un prix forfaitaire après appel à la concurrence. Dans cette perspective, les analyses comptables ne présentaient qu'un intérêt d'information. Le développement des marchés comportant un élément provisoire, l'existence des commandes passées sur échange de lettres, les marchés de régularisation intervenant après l'exécution de la fourniture, l'évolution technique enfin et le déclin de la concurrence ont rendu plus nécessaire les contrôles comptables.

La législation ne les imposait que pour le matériel de guerre. Il est apparu souhaitable de pouvoir opérer des vérifications comptables à propos de marchés ne portant pas sur un tel matériel. L'absence d'une obligation légale rendait nécessaire le recours à une clause contractuelle, librement acceptée par l'industriel intéressé.

L'article 2 du Règlement Air 1713, fournissait un précédent en obligeant le fournisseur à communiquer aux représentants du Ministère de l'Air dûment accrédités et tenus au secret professionnel la comptabilité et toutes les pièces comptables. En cas de refus, des pénalités étaient prévues.

Il a été très discuté de savoir si de telles dispositions seraient ou non généralisées (40). Certains ont demandé qu'un contrôle comptable soit imposé à tous les marchés de fabrication. D'autres ont pensé que le contrôle devrait se limiter aux frais généraux de fabrication et d'approvisionnement. La crainte de voir diminuer la concurrence a conduit certains à demander qu'au contraire le contrôle ne soit prévu que dans des cas exceptionnels : de nombreux industriels en France se refusaient à accepter l'idée de communiquer leur comptabilité (41). Le précédent des Etats-Unis, où un contrôle de la comptabilité des fournisseurs est rendu obligatoire par la loi, a été invoqué, mais en vain (42).

Peu de clauses du Cahier industriel ont suscité plus de discussions. Les représentants du Ministère de l'Air souhaitaient « qu'aucune formule restrictive ne soit apportée aux obligations comptables, et que ces obligations s'appliquent à tous les marchés » (43). En effet, selon eux, les marchés industriels sont généralement passés par entente directe et souvent leurs titulaires travaillent de façon continue avec l'Etat. On pourrait ajouter que dans bien des cas, ces fournisseurs font plus de 90 % de leur chiffre d'affaires avec l'Etat ou les sociétés nationalisées. Le point de vue de la Marine, dont on a vu qu'il était diamétralement opposé, s'explique par le fait que — sauf exception — les fournisseurs ne font qu'un chiffre d'affaires proportionnellement peu important avec l'Etat.

Finalement, le texte retenu, l'article 32 du Cahier de 1955, devenu l'article 34 du Cahier de 1958, est très modéré. S'il prévoit de façon assez détaillée quels comptes doivent être tenus et selon quels principes généraux doit être organisée la comptabilité du fournisseur, le paragraphe 1^{er} dispose que l'article n'est applicable que dans certains cas limités, ou si une clause contractuelle le rend obligatoire.

Cet article ne pouvait répondre aux préoccupations de l'Air, et la Norme 1714 a modifié totalement l'article 34. Ce nouvel article 34 est obligatoire dans tous les marchés. Il impose aux industriels des obligations comptables différentes selon qu'ils ressortissent ou non à l'Industrie Aéronautique. Les premiers d'entre

(40) Commission mixte, Sous-Commission des marchés industriels, 3^e séance du 13 juillet 1950 ; 34^e séance, du 17 octobre 1951.

(41) Depuis 1950, on peut noter un certain recul de cette dernière tendance.

(42) Commission mixte, Sous-Commission 34^e séance du 17 octobre 1951.

(43) Comité de Rédaction, 67^e - 68^e séance, 29-31 mars 1954.

eux doivent respecter, dans leur comptabilité générale et leur comptabilité analytique d'exploitation, le Plan comptable aéronautique. Tous sont astreints à présenter leur comptabilité.

Ces deux textes ont chacun un rôle à jouer. L'article 34 du Cahier industriel convient à la Marine et à la Guerre. De nombreux fournisseurs, qui refuseraient de traiter sur la base de l'article 33 pour ne pas être classés comme fabricants de matériel de guerre, acceptent largement le contrôle fondé sur une clause contractuelle d'après l'article 34. Aucun texte légal ne permet d'obliger l'industriel à contracter, et l'article 34 permet d'éviter les difficultés que créerait l'article 33. A l'opposé, l'article 34 de la Norme Air 1714 s'explique par un milieu économique très différent où, en fait, les fournisseurs n'ont pas la liberté de refuser de contracter, quelles que soient les clauses insérées dans le marché.

En outre, dans le cas de la Norme Air aussi bien que dans celui du Cahier industriel, l'article 34 permet non seulement aux représentants du Contrôle des fabrications de matériel de guerre, mais aussi aux fonctionnaires de l'Administration active de procéder aux contrôles de comptabilité. L'article 34 est ainsi un moyen d'action très souple, permettant des vérifications d'ensemble très générales, parfois des vérifications de détail, à la mesure même des besoins des services préparant les marchés.

L'extension des obligations comptables aux sous-traitants a posé des problèmes analogues. L'article 2 de la Norme Air 1713 ne visait que le titulaire du marché. Mais une extension des contrôles aux sous-traitants peut être nécessaire, lorsque, par exemple, le titulaire exerce seulement une activité de coordination et d'assemblage, ou lorsque ses propres fabrications n'ont qu'une importance secondaire. De plus, certaines fraudes peuvent résulter de l'absence de vérifications comptables chez les sous-traitants (44). L'article 34 du Cahier industriel permet d'étendre les obligations comptables à certains sous-traitants et sous-commandiers agréés. Mais il est précisé qu'une telle extension ne saurait être réalisée que par voie d'accord contractuel.

L'article 34 de la Norme Air 1714 fait au contraire une obligation aux sous-traitants et sous-commandiers soumis à agrément

(44) Rapport particulier n° 2/53, du 19 septembre 1953, du contrôleur RAYNAUD, document joint au rapport PELLENC, pp. 39 et sq. Rapport d'enquête n° 7. Conseil de la République 1957-1958 (octobre 1957).

de se prêter aux contrôles et aux vérifications et de tenir une comptabilité présentant des caractères définis.

On retrouve, dans cette opposition, les caractéristiques fondamentales des fournisseurs militaires : « les Services de l'Aéro-
« nautique ne traitent en général qu'avec des entreprises dont
« l'activité leur est entièrement consacrée ; à l'inverse, les dépar-
« tements de la Marine et de la Guerre passent de nombreuses
« commandes à des industriels dont ils n'emploient qu'une faible
« partie du potentiel de fabrication » (45).

Cette opposition explique également pourquoi l'étendue des obligations comptables peut être variable.

Tous les services essaient d'obtenir le maximum de renseignements des industriels pour l'établissements des prix. Mais leurs buts ne sont cependant pas identiques. Les Services de l'Air entendent tirer parti de l'existence d'un plan comptable propre à l'industrie aéronautique et amener les industriels à le respecter. La Guerre et la Marine cherchent à connaître les bases de la détermination des prix, sans exiger des renseignements qui paraîtraient excessifs. Mais l'article 34 du Cahier de 1958 est riche de possibilités, car son texte ne prétend pas tout régler par lui-même : une large possibilité d'évolution est ouverte, puisqu'une clause du marché doit nécessairement préciser le contenu des obligations comptables. Les services de la Marine et de la Guerre pourront ainsi, si le besoin s'en fait sentir, resserrer leur contrôle ou au contraire l'assouplir. Le paragraphe 2 énonce les conditions mineures que doit remplir le fournisseur : tenir une comptabilité générale donnant par nature les charges et produits de l'entreprise, subdivisée, le cas échéant, par établissement. Le paragraphe 3 énonce au contraire des obligations plus détaillées que l'administration peut écarter ou modifier en insérant une clause expresse au marché. L'article 34 de la Norme-Air 1714-B, au moins pour les industriels relevant de l'industrie aéronautique, s'applique automatiquement aux marchés d'une certaine importance.

Les discussions entre les départements militaires, au sujet des obligations comptables, montrent à quel point les marchés industriels font intervenir l'Etat dans les entreprises privées. Ce phénomène n'est pas propre à la France. Il existe également aux Etats-Unis, où la tradition de la « maison de verre », opposée à celle du secret des affaires, facilite les examens comptables, et en Alle-

(45) Comité de rédaction, 77^e séance, 10 juin 1954.

magne fédérale où il est habituel de procéder à une analyse très serrée des prix de revient dans l'exécution des marchés de fournitures industrielles.

Par le seul jeu de ses marchés, l'Etat est amené à vouloir connaître de l'intérieur les sociétés privées avec lesquelles il traite. A long terme, il s'agit d'éviter que des bénéfices excessifs ne soient réalisés, et pour cela un contrôle est nécessaire. C'est pour faciliter ce contrôle que l'Etat a peu à peu imposé une certaine structure à certains de ses fournisseurs.

La Marine se contente en général d'exiger que la comptabilité soit susceptible de fournir les renseignements prévus au § 3 de l'article 34. L'Air a tendance au contraire à aller plus loin et à imposer un cadre comptable uniforme, le plan comptable aéronautique. L'uniformité des structures comptables est en effet un élément important dans la politique suivie par le département de l'Air qui soumet ses fournisseurs à une tutelle étroite suivie d'un contrôle précis. Le représentant de la Guerre avait fait valoir qu'il était pratiquement impossible d'imposer une telle clause dans les marchés passés par les services de l'Armée.

Pour assurer le respect des obligations comptables, l'Administration a dû se réserver des moyens de coercition. Mais l'existence de ces moyens qui permettent à l'Administration de sanctionner les fautes ou les négligences du fournisseur et lui permettent finalement d'imposer sa volonté, n'est en aucune façon propre à la matière des obligations comptables.

Il s'agit au contraire d'un trait caractéristique du cahier applicable aux marchés industriels, qui mérite par conséquent une étude séparée (46).

L'APPLICATION PRATIQUE DES DÉCRETS-LOIS.

Le Ministre de la Défense Nationale est chargé d'exercer les contrôles permanents, en vertu des articles 3, 4 et 5 du Décret du 18 avril 1939. Il dispose à cet effet du personnel du Contrôle des Fabrications de Matériel de Guerre, autrefois organisé en une Direction unique.

La lourdeur de la centralisation administrative prévue à l'origine, mais aussi la spécificité des problèmes industriels posés à chacun des trois départements militaires ont conduit à rattacher

(46) Cette étude est faite *infra* : chapitre III, § III : Le régime caractéristique des marchés industriels ; D : Les moyens de coercition.

à chacun de ces départements un Groupe de Contrôle des Fabrications de Matériel de Guerre. Les contrôleurs qui y sont affectés, et auxquels sont adjoints des agents spécialisés dans le contrôle des prix, exercent leurs fonctions sur place, et enquêtent sur les opérations techniques et comptables, sur les méthodes de production, sur la nature des dépenses de frais généraux. Ils examineront par exemple les dépenses de publicité, de représentation, les charges sociales volontairement assumées au delà des charges obligatoires. Ils s'efforcent d'analyser la vie économique de l'entreprise et de voir la place tenue par cette entreprise dans la branche d'industrie dont elle fait partie.

En pratique, l'application des décrets-lois de 1935 et de 1939 a été faite avec modération. L'idée est admise de ne pas assimiler « marchés industriels » et « marchés de matériel de guerre ».

L'article 33 du Cahier de 1958 sépare nettement ces deux catégories de marchés en donnant la liste des justifications que doivent fournir les industriels candidats à l'attribution d'un marché de matériel de guerre, en sus des justifications prévues à l'article 31. Cette distinction est libérale ; elle va dans le sens de la tendance des fournisseurs qui ont une définition restrictive des matériels de guerre, afin d'éviter, dans la mesure du possible, d'être soumis au régime exceptionnel qui a été prévu pour les fabrications de ce matériel. Il est difficile, bien entendu, de tracer une limite. Un cas typique est celui des accumulateurs qui ne sont pas classés comme matériel de guerre, bien qu'ils soient un élément essentiel de certains matériels d'armement. De même, certaines fabrications, telles que les roulements à billes, ont une importance aussi bien comme matériel civil que comme matériel militaire.

Ce n'est pas sans hésitation que l'Administration s'est ralliée à cette interprétation libérale des décrets-lois de 1935 et de 1939. Les procès-verbaux des séances de la Commission mixte montrent aux prises deux conceptions, l'une restrictive qui limite les cas où il convient d'appliquer les décrets, et qui a prévalu, l'autre extensive, qui visait également les sous-traitants du fournisseur titulaire du marché. Initialement (47), ce cas n'était pas prévu. Certains services ont demandé que les obligations légales et réglementaires pesant sur les fabricants de matériel de guerre soient étendues aux sous-traitants et sous-commandiers. Le comité de

(47) Commission mixte des marchés de la Défense Nationale, sous-commission des marchés industriels, 52^e séance, 10 décembre 1952.

rédaction (48) l'avait accepté, mais a finalement (49) admis que seuls soient soumis à ces obligations particulières les sous-traitants et sous-commandiers fabriquant eux-mêmes des éléments classés matériels de guerre. Cette formule a été reprise, inchangée, par le Cahier industriel de 1958, article 33, et par le même article de la Norme Air 1714 B. Elle permet d'éviter que, par un phénomène de contagion de proche en proche, les marchés industriels ne se trouvent réduits à la notion de marchés de matériel de guerre, et, que le régime d'exception fait à ces derniers marchés ne s'installe comme une réglementation ordinaire.

Par contre, une interprétation assez stricte a prévalu pour définir le champ d'application du contrôle financier. Le 24 septembre 1956, le Secrétaire d'Etat à la Marine a décidé que la clause assujettissant le fournisseur à ce contrôle et l'obligeant à tenir une comptabilité convenable serait nécessairement insérée dans tout marché de matériel de guerre, quel qu'en soit le montant. On a renoncé toutefois à insérer la clause comptable dans tout marché dès lors que le montant estimé de la dépense atteindrait ou dépasserait 100 millions, ainsi qu'il avait été proposé de le faire. Enfin, le Secrétaire d'Etat laissait ses services libres d'insérer la clause comptable dans les marchés, quels qu'ils soient, où un contrôle interne des prix de revient pouvait paraître utile.

Les industriels adoptent une attitude très différente, vis-à-vis de ces contrôles, selon leurs propres préoccupations et selon la structure économique et commerciale de leur industrie.

Les uns, par principe, se refusent à admettre l'idée qu'un contrôle de leur comptabilité soit effectué. Ils sont rares, et ne peuvent soutenir cette attitude que si leurs fabrications ne sont en aucune façon du matériel de guerre.

D'autres, notamment ceux dont la production intéresse également le secteur civil et celui de la Défense nationale, refuseraient d'insérer des obligations comptables dans les marchés qu'ils signent si cela devait les classer comme des fabricants de matériels de guerre.

D'autres enfin acceptent des contrôles, spécialement lorsque l'Etat a fourni des machines-outils et des moyens financiers : « Si « une industrie est obligée, en raison de circonstances particulières d'avoir recours à l'Etat, pour cette forme d'investisse-

(48) Commission mixte. Commission de rédaction, 64^e séance, 8 mars 1954.

(49) *Idem.* 65^e séance, 15 mars 1954.

« ments, il est normal que l'Etat, qui a investi des fonds dans « cette Société, ait un droit de contrôle. Ce droit peut s'exercer « normalement par l'intervention d'un commissaire du Gouver- « nement... et par le contrôle de la gestion de l'entreprise » (50).

Mais, même à l'intérieur de l'Administration, une unité de vues sur le rôle et l'intérêt du Contrôle des Fabrications de Matériel de Guerre n'existe pas, et des critiques ont été faites sur ces deux points.

Les contrôles comptables exercés sur les marchés industriels donnent une connaissance assez détaillée de certains éléments du prix de revient des fournitures. Mais il est difficile d'assurer une exploitation pleinement satisfaisante de ces renseignements.

Si les marchés examinés ont été déficitaires, l'industriel s'appuie sur les conclusions du rapport pour réclamer une augmentation de prix qui paraît fondée en équité, si elle ne l'est pas en droit. Et même, ce dernier point est douteux.

Les industriels ne manquent pas, en effet, de faire remarquer que, si les marchés initiaux ont été bénéficiaires, l'Administration, forte des conclusions du rapport de contrôle, exige une réduction des prix dans les commandes ultérieures.

En certains secteurs, si l'on considère l'ensemble des marchés passés pendant cinq ou six ans pour l'exécution d'un programme, l'on constate que des pertes importantes ont été subies au cours de la période de démarrage des programmes. L'explication peut en être trouvée dans la nouveauté des techniques mises en œuvre et dans l'interruption pendant une dizaine d'années, du fait de la guerre, des fabrications de l'espèce.

Une fois achevés les marchés à l'occasion desquels la technique a été mise au point, les nouveaux contrats ont subi l'incidence des blocages de prix et celle des hausses de salaires qu'il était interdit de répercuter. Les analyses de prix de revient, pratiquées sur les marchés les plus récents, permettent à l'Administration de limiter le bénéfice sur les marchés suivants. Le fournisseur n'a plus, dès lors, la possibilité de faire la compensation entre la perte de la période de démarrage et de hauts profits au cours de l'achèvement du programme.

(50) « L'Etat client vu sous l'angle du Fournisseur » par M. LUGIEN, Président-Directeur général des Etablissements MESSIER. Conférence prononcée devant le Centre des Hautes Etudes Administratives, publiée dans les Etudes de Finances Publiques, La Réforme Budgétaire, Tome III, Programmes et Marchés Publics (section de Finances Publiques de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris) 1956.

Les fournisseurs perdent ainsi le stimulant d'un profit élevé. Leur attitude se rapproche de celle qui est adoptée par certains industriels travaillant en régie sans souci de réduire les prix de revient. S'il n'y a pas de concurrence, l'Etat y perd des sommes plus considérables que celles que permet d'économiser le contrôle des prix.

Certes, c'est là conclure d'un certain usage de renseignements fournis par divers contrôles comptables à un jugement sur la valeur de ces contrôles eux-mêmes. C'est une position quelque peu absolue. Le contrôle n'est en effet qu'un moyen, qu'il est peut-être possible d'utiliser judicieusement.

Trop souvent, les conclusions des rapports présentés par les enquêteurs ou les Commissaires du Gouvernement ne peuvent pas être largement diffusées, afin que soit respectée une conception très stricte du secret professionnel. Les contrôles, dans ces conditions, ne servent qu'à éclairer quelques hautes autorités, mais ne peuvent recevoir une publicité suffisante pour permettre une exploitation rationnelle des renseignements accumulés.

La législation qui fournit une base juridique à ces contrôles devrait être étudiée à nouveau, pour être condensée en un seul texte, et pour définir d'une façon pratique les autorités et les fonctionnaires habilités, non seulement à prendre connaissance des rapports, mais encore à en faire état dans les rapports avec l'industriel contrôlé.

D'autre part, il semble évident qu'il ne convient pas d'abuser du contrôle comptable dans un domaine où joue la concurrence. On risquerait en effet de détruire à la longue la concurrence elle-même, en éliminant notamment les industries les moins importantes, plus susceptibles de redouter des contrôles inhabituels, alors que les industries moyennes ou de petite taille peuvent avoir un rôle important à jouer.

Si au contraire la concurrence ne joue pas, les contrôles comptables permettent de faire apparaître les bénéfices réalisés. Il n'est pas sans intérêt de savoir que, dans tel secteur industriel limité, ou pour une fabrication très spécialisée, voire pour tel marché réalisé par telle firme, des bénéfices considérables, supérieurs à 50 % du prix, par exemple, ont effectivement été réalisés. Si le prix abusif qui est ainsi révélé provient d'un monopole, le résultat de l'enquête peut conduire à négocier à l'avenir en toute connaissance de cause avec le fournisseur. Il peut également amener à modifier les spécifications techniques et à renoncer à commander la fourniture. Parfois enfin, l'Etat pourrait faire produire à ses

arsenaux le matériel en question. Cette dernière solution, très rationnelle, se heurte à des difficultés nombreuses, parmi lesquelles on peut citer le volume des investissements nécessaires. Cette solution serait cependant efficace, en raison de la crainte toujours vive de voir s'accroître la part des arsenaux dans l'exécution des commandes militaires.

L'effort d'investigation que représentent les contrôles comptables ne doit pas être sous-estimé. Parmi les imperfections qui sont reprochées à ces contrôles, certaines ne sont en fait qu'un aspect de la politique des prix des marchés publics. Ces contrôles représentent un effort sérieux pour faire connaître à l'Administration les données de la vie industrielle. Ils permettent de rompre avec la tradition française du secret des affaires et, ce faisant, font peu à peu reculer la méfiance qui régnait entre les services publics et leurs fournisseurs.

Les entreprises qui acceptent que soient étudiés leurs prix de revient, leurs moyens de trésorerie, leurs ressources financières à long terme, leurs programmes d'investissements et qui souvent donnent des indications sur leurs prévisions concernant l'évolution future du marché acceptent évidemment, de façon très libérale, que soient connues leurs installations. Les Administrations ont ainsi tous les éléments voulus pour apprécier le potentiel de production immédiat et dans l'avenir plus ou moins éloigné. Ceci permet d'éviter certaines erreurs dans l'attribution des marchés.

Mais par ailleurs, mieux l'on connaît ces problèmes industriels, plus l'on accorde d'importance, dans l'étude des marchés passés pour les besoins de la Défense nationale, aux questions économiques, plus l'on comprend qu'un cahier unique, qui justement nie les particularités économiques des divers fournisseurs, n'est pas viable, s'il n'est pas adapté aux circonstances de fait.

L'article relatif aux obligations comptables en fournit un bon exemple. Cet article est un compromis destiné à faire accepter un texte commun aux différentes Administrations militaires. Or, le principal intéressé à un changement des conditions générales anciennes n'a finalement rien gardé de ce compromis pourtant très influencé par ses suggestions et applique un texte qui lui est propre et qui se fonde sur les caractères économiques propres à ses fournisseurs.

Cela montre enfin que le Cahier publié en 1958 par l'arrêté du 7 mai 1958, signé par le Ministre de la Défense nationale et des Forces Armées ainsi que par les trois Secrétaires d'Etat d'Armes, n'est pas un texte obligatoire. Il est admis qu'il y soit

dérogé, non seulement par une clause expresse d'un marché, mais encore de façon générale, par un cahier particulier, ou par une clause d'un marché-type : c'est ce qui résulte de l'article 1^{er}, 2^o, b, du cahier industriel qui prévoit la possibilité de soumettre le marché à un Cahier des clauses administratives particulières au département ou service intéressé. Le Règlement Air 1714, en son préambule, se présente lui-même comme étant le Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés industriels des départements de la Défense nationale, du 7 mai 1958, « précisé et complété par le Cahier des clauses administratives particulières applicables aux marchés industriels passés par le Département de l'Air ». Il est juste d'ajouter que la pratique du Département de l'Air a été critiquée et que certains ont voulu voir disparaître le Règlement Air 1714. Il semble certain que, si le texte devait disparaître, la pratique de la Direction Technique et Industrielle n'en conserverait pas moins certaines de ses particularités.

3° *La surveillance des marchés confiés à l'industrie.*

L'exécution des marchés industriels est surveillée par des services spécialisés, rattachés aux directions techniques des trois départements militaires. Les services chargés de la surveillance veillent au respect du contrat, « à ce que l'exécution des travaux et commandes... soit satisfaisante à tous égards. Ces services surveillent et activent les études, les approvisionnements, les travaux et les fabrications, examinent et essaient, constatent la compétence et la conscience montrées par le fournisseur. Ils agissent, en général, par épreuve de sondage. Ils renseignent en tant que de besoin le fournisseur sur les conditions... auxquelles doit satisfaire le matériel. Ils s'opposent à une exécution qui leur apparaîtrait défectueuse. Ils contrôlent les délais ; ils s'assurent d'une manière générale de la conformité de l'exécution des fournitures avec la réglementation applicable et les spécifications techniques des marchés ou commandes, tant en cours d'exécution qu'après achèvement, en soumettant ou faisant soumettre les produits présentés aux épreuves de réception contractuelle. Ils dressent certificat de leurs constatations » (51).

La surveillance est ainsi un contrôle qui s'exerce pendant l'exécution du marché industriel, qui commence à la notification

(51) Article 1^{er} du règlement général 6.141 (Marine Nationale) du 14 janvier 1955.

du contrat et qui cesse lors de l'achèvement du marché. C'est, d'autre part, un contrôle interne, qui s'effectue en usine, dans les locaux du titulaire du marché.

La surveillance en usine est un élément essentiel des marchés industriels, encore qu'il soit possible, selon l'article 43 du cahier applicable aux fournitures courantes, du 7 mai 1958, de prévoir une surveillance des travaux dans les marchés soumis à ce cahier. Elle ne caractérise en rien les marchés publics. Les commandes privées à des chantiers de constructions navales sont surveillées également pendant leur exécution, par un organisme commercial qui exerce cette surveillance pour le compte des armateurs.

Une extrême diversité règne dans les tâches des services de surveillance, en raison notamment de la variété des fournitures commandées par les départements militaires. L'organisation de la surveillance varie, par conséquent, pour s'adapter aux marchés, aux circonstances de leur exécution, également à la structure économique des fournisseurs eux-mêmes. Les services spécialisés sont, pour l'Air, les Circonscriptions Aéronautiques Régionales, qui dépendent de la Direction Technique et Industrielle de l'Aéronautique ; pour la Guerre, le service de Surveillance des Travaux confiés à l'Industrie, qui relève de la Direction des Etudes et Fabrications d'Armement, enfin pour la Marine, le Service de la Surveillance des Travaux et Fabrications qui est rattaché à la Direction Centrale des Constructions et Armes Navales. Il existe également certains services techniques qui assurent, outre leur tâche propre, des fonctions de surveillance.

Le pouvoir de surveiller en usine l'exécution des marchés industriels ou des marchés de fournitures a un fondement contractuel, aussi bien sous l'empire des conditions générales du 21 novembre 1932 que sous celui des Cahiers de 1955 ou de 1950, et que l'on se réfère aux Normes Air 1713, 1714 et 1714 B ou au Cahier des clauses et conditions générales applicables aux marchés de fournitures du Commissariat à l'Energie Atomique de septembre 1958.

Mais le contrat qui est signé par le fournisseur tend à prendre les caractères d'un contrat d'adhésion. L'article 45 des conditions générales du 21 novembre 1932 précisait que, lorsque l'Administration veut se réserver le droit de surveiller l'exécution d'une fourniture, mention en est faite dans le marché. L'article 45 du Cahier industriel affirme au contraire que : « l'Administration se réserve le droit de surveiller l'exécution des fournitures dans les établissements du fournisseur ».

Il est logique que les marchés industriels soient soumis à surveillance. L'on a cru en effet, initialement que le cahier de 1955 était réservé aux marchés particulièrement difficile à exécuter ; de même, on a voulu faire de la surveillance le critère des marchés industriels. Aussi l'article 45 n'est-il pas un article discuté dans les rapports avec les fournisseurs, à la différence de la clause comptable, par exemple, qui ne va pas de soi, ou de la qualification de matériel de guerre, qui est parfois sévèrement débattue.

En même temps que se précisait le caractère d'obligation de fait que présente aujourd'hui cette clause contractuelle, la portée de cette disposition s'accroissait. Le titulaire doit maintenant tenir à la disposition de l'autorité chargée de la surveillance tous les dossiers d'exécution. Certains industriels ont protesté contre cette exigence qui traduit un souci d'exercer un contrôle plus détaillé et plus précis, ou du moins de s'en réserver la possibilité. D'autre part, l'obligation de fournir les bureaux nécessaires au personnel de la surveillance a été inscrite, à la demande des services de surveillance, afin de prévenir toute difficulté.

Le service chargé de la surveillance a un rôle complexe à jouer et dispose pour cela d'importantes prérogatives. Les moyens mis à sa disposition, notamment en ce qui concerne le personnel, limitent toutefois son action. Les fonctions de la surveillance sont techniques, mais aussi administratives et financières. Le rôle de la surveillance est très large au cours de l'exécution des marchés industriels mais commence dès la préparation de ceux-ci.

La surveillance renseigne l'Administration en lui communiquant des informations qui ne peuvent être recueillies que sur place.

Aussi, ce service est-il à même de fournir un avis motivé lorsqu'un industriel demande son inscription sur la liste des fournisseurs, en vue d'être convoqué dans les appels d'offres. La surveillance instruit cette demande, visite les usines, fait un rapport sur la capacité technique du fournisseur, sur ses moyens de production, éventuellement sur le crédit dont il dispose, et fait connaître s'il estime convenable d'inscrire le demandeur en précisant, le cas échéant, quelles raisons s'y opposeraient.

Le service de la surveillance n'a pas qualité pour consulter la comptabilité des entreprises — il faudrait pour cela une clause contractuelle — à la différence des Commissaires du Gouvernement. Mais les chefs de circonscription sont au fait de nombreux renseignements lorsque des changements de raison sociale ou de structure, économique ou financière, interviennent. La possession

de ces renseignements est d'une importance certaine pour l'Administration, qui sait notamment le degré de concurrence sur lequel elle peut compter dans une branche économique donnée.

La surveillance a en outre un rôle de conseil à jouer auprès des industriels en leur communiquant la réglementation applicable et en leur précisant certaines conditions techniques. Le chef de la circonscription, ou son représentant, conseillera par exemple tel procédé de fabrication de préférence à tel autre, mais cet avis ne liera jamais l'industriel qui est libre de choisir : la surveillance ne s'immisce pas dans la gestion de l'entreprise ; le fournisseur demeure entièrement responsable de l'exécution de son marché dans les conditions contractuelles. Mais le chef de la circonscription veillera à ce que les conditions de fabrication qui sont imposées par la réglementation technique applicable au marché ou par une clause expresse de celui-ci soient effectivement respectées. La surveillance agit alors pour imposer finalement le respect d'une obligation contractuelle.

C'est surtout au cours de l'exécution des marchés que le service de la surveillance remplit sa fonction essentielle qui est de vérifier la qualité technique des fabrications militaires. Une définition très large est donnée du rôle de la surveillance, par exemple « ...veiller... à ce que l'exécution des travaux et commandes... soit satisfaisante à tous égards » (52).

D'une façon plus précise, on peut dire que la surveillance porte sur la préparation de l'usinage, en ce que les études de détail et les plans d'exécution sont examinés et visés, sur les approvisionnements, en ce que les matériaux sont vérifiés dans leur qualité et leur concordance avec les spécifications contractuelles, sur les programmes de fabrication et leur exécution : ces programmes sont eux-mêmes visés après un examen préalable ; des contrôles techniques comprennent enfin des essais et vérifications de toute nature des matières et objets à des stades divers d'avancement ainsi que des procédés employés. L'ingénieur chargé de la surveillance peut, le cas échéant s'opposer à une exécution qui lui apparaîtrait défectueuse. Il s'agit toujours d'assurer la conformité aux spécifications techniques contractuelles sans laisser le fournisseur aller trop loin dans une fabrication qui ne serait pas susceptible d'être admise en recette.

(52) Voir, par exemple, le règlement général 6.141 sur la surveillance des travaux et des fabrications confiés à l'industrie, entré en vigueur le 14 janvier 1955 dans les services de la Marine Nationale.

La tenue des délais contractuels est importante. Le service chargé de la surveillance contrôle que les délais sont respectés. Le fournisseur doit remettre, après notification d'un marché industriel important, un programme de fabrication. Ce programme est tenu à jour, à mesure que les principales sous-commandes ont pu être passées. L'ingénieur chargé de la surveillance critique ce programme, notamment lorsqu'il apparaît que les délais d'exécution des sous-commandes sont inconciliables avec ceux du marché principal. Si les délais semblent ne pas devoir être tenus, et dès qu'un retard se manifeste par rapport au programme, la surveillance intervient auprès du fournisseur pour activer le rythme d'exécution du marché qu'il s'agisse de marché d'étude ou de marché de fabrication.

La surveillance s'occupe également de l'exécution administrative des marchés. Si le calcul des révisions de prix est fait par les services liquidateurs, seule la surveillance peut fournir certains éléments propres à l'industriel et qui ne sont pas calculés par les publications officielles, par exemple les moyennes de salaires effectivement payés dans un marché en régie. La surveillance peut apprécier également certains éléments du prix de revient du fournisseur, comme les taux de frais généraux ou les charges sociales effectivement supportées. A ce titre, la surveillance complète l'action de divers services se livrant à des contrôles comptables, en précisant notamment l'imputation réelle à telle commande de telle dépense supportée par le fournisseur.

La surveillance recueille les éléments techniques et administratifs des actes additionnels destinés à payer aux fournisseurs les dépenses nouvelles qu'ils ont supportées du fait des modifications, commandées avant fixation d'un prix contractuel. C'est là un travail complexe, délicat, qui implique une large part d'appréciation. La surveillance est ainsi amenée à prendre position, à donner un avis chiffré.

La surveillance est enfin chargée de prendre, au cours de l'exécution des marchés, un certain nombre de décisions, notamment lorsqu'il est prévu une recette en usine.

« Si le marché le prévoit expressément, tout ou partie des opérations de recette sont effectuées dans l'usine où s'exécute une fourniture soumise à la surveillance. La recette est alors prononcée par l'Ingénieur chargé de la surveillance ou une commission de recette désignée à cet effet. Cet Ingénieur ou cette Commission agissent avec les mêmes pouvoirs que la Commission de Recette des ports.

« En général, la recette en usine est provisoire, (sauf le cas « du matériel destiné à être transporté outre-mer), c'est-à-dire « qu'elle ne tend à vérifier que certaines qualités désignées par le « marché et réserve la liberté entière de l'Administration pour « toutes les autres spécifications. Elle est sanctionnée par un pro- « cès-verbal de recette en usine qui est remis aux services desti- « nataires ou liquidateurs. Le procès-verbal mentionne les résultats « des mois, les dates de présentation en recette et de fin de recette, « le délai fixé au fournisseur pour expédier. Il s'accompagne en « outre pour les envois outre-mer, d'un certificat de bon embal- lage » (53).

La recette en usine est ainsi technique, partielle si d'autres vérifications techniques — notamment des essais de bon fonctionnement — doivent être effectués à destination, et enfin provisoire, puisqu'elle ne préjuge pas la décision finale, c'est-à-dire la réception définitive à destination prononcée par la Commission ordinaire de recette du service destinataire. Cette réception finale se fait en quantité, et, le cas échéant, en qualité.

« L'autorité chargée de la recette en usine peut ainsi prononcer :

« — le rebut de la fourniture,

« — sa mise à réparer,

« — son admission avec certains rabais dans les cas fixés par le marché,

« — son acceptation » (54).

C'est en vertu de l'article 45, § 5 du Cahier industriel ou du Règlement Air 1714 B que la surveillance prononce des rebus : l'article 45, § 5 déclare :

« Au cours de la fabrication, l'autorité chargée de la surveil-
« lance peut rebuter toute pièce ou tout ensemble, même après
« son incorporation dans l'objet ou appareil à fournir, s'il ne
« satisfait pas aux conditions exigées, sauf s'il est susceptible d'une
« amélioration ou d'une réparation que le titulaire accepte d'effec-
« tuer ».

Cette disposition de l'article 45, § 5 ne doit pas être interprétée comme reconnaissant au fournisseur un droit à présenter

(53) Ecole Nationale du Génie Maritime. Cours d'Administration et d'Organisation de la Marine. Conférence prononcée par l'Ingénieur principal MÉNARD, 1956.

(54) Conférence prononcée par l'Ingénieur MÉNARD, précitée.

en recette un matériel réparé. La réparation des défauts doit être autorisée par le service, après une demande écrite du fournisseur qui justifie de l'emplacement, de la nature et de la gravité des imperfections. Les spécifications techniques concernent en effet du matériel neuf, non du matériel réparé. Il peut être opportun d'accepter, sous certaines réserves, un matériel sur lequel des défauts auront été réparés, notamment lorsqu'il s'agit de pièces importantes très longues à remplacer. Une réparation faite à l'insu du service de la surveillance serait en soi un motif de rebut de la pièce, et la fraude du fournisseur pourrait être sanctionnée. Mais le fournisseur n'a aucun droit à ce que sa demande soit retenue. Si la juridiction administrative se réserve le droit de contrôler les motifs du rebut d'une fourniture, elle ne saurait se substituer à l'Administration pour apprécier l'opportunité d'accorder une dérogation aux spécifications techniques. C'est là une tradition constante admise sous l'empire du cahier du 21 novembre 1932, qui n'a pas été interrompue par la publication du Cahier industriel dont l'article 45, § 5 reprend, à peu de choses près, le texte de 1932.

La surveillance se fonde enfin sur l'article 53 du Cahier industriel ou de Règlement Air 1714 B pour infliger des réfections de prix.

Certains services techniques sont, en principe, hostiles à toute réfaction de prix. En infliger une serait en effet admettre un matériel ayant des caractéristiques inférieures à celles qui avaient été exigées. Donc, ou bien ces caractéristiques étaient excessives, et le service a commis une erreur en les exigeant, ou bien le service reçoit un matériel inutilisable. Cette position paraît toutefois trop absolue et doit être nuancée.

S'il s'agit d'un marché d'études ou de prototypes, l'exécution du marché peut très bien être dissociée du respect exact des spécifications techniques, fixant, par exemple, les performances à atteindre. S'il s'agit d'une fabrication mécanique, on peut dans certains cas calculer avec précision le préjudice causé par l'imperfection de l'objet présenté en recette. C'est ainsi qu'une pièce destinée à travailler et à s'user par frottement, devant avoir un état de surface très fini, pourrait être admise en recette sans présenter l'épaisseur prévue au contrat. Cette pièce en effet se détériore en surface à mesure qu'elle est utilisée. L'état de surface doit être refait ; il peut l'être un certain nombre de fois. Si la pièce a une cote inférieure à celle qui est prévue, c'est la durée de la pièce elle-même qui diminue. Le prix payé au four-

nisseur peut ainsi être réduit, sans que l'acceptation de la pièce défectueuse puisse réduire les coefficients de sécurité. La réfaction est en principe fixée à la diminution de la valeur d'usage (55).

D'autres directions acceptent d'employer les rabais ou réfections et l'utilisent couramment. Une fourniture dont les plans ne seraient pas conformes au marché serait rebutée. Une dérogation non fondamentale sera accordée moyennant une réfaction. Un tel système est très souple. Il est appliqué par le service de la surveillance (56). Il suppose une certaine centralisation, pour éviter les divergences d'appréciation des services locaux. Les décisions de l'espèce sont dans la Marine prises par le chef du service de la Surveillance après une étude sévère qui comporte notamment la consultation des services destinataires. L'accord du fournisseur sur le rabais est recherché. A défaut de cet accord, la pièce doit être rebutée.

Le droit allemand connaît également le principe des rabais sur le prix qui accompagnant une tolérance accordée par rapport aux spécifications techniques des marchés. Mais ce n'est pas, en République Fédérale Allemande, le service chargé de la réception qui fixe le rabais. Le fonctionnaire chargé de la réception décide s'il accepte ou non un matériel présentant des défauts mineurs ; la Direction de la Réception peut, pour les défauts plus importants, accorder une dérogation. Celle-ci entraîne un rabais dont le montant est déterminé par le service chargé de passer la commande et de fixer le prix.

La fourniture livrée, le service chargé de la surveillance continue à jouer un rôle dans l'exécution administrative et financière du marché. La surveillance doit fournir des éléments de réponse à l'Administration chargée de statuer sur les demandes d'exonération de pénalités présentées par le fournisseur, ainsi que sur les demandes de prolongation de délais de livraison.

L'instruction de ces demandes présente une importance certaine. Les sursis de livraison prolongent les délais contractuels et aboutissent à une exonération de pénalités pour retard. Les prolongations de délai d'exécution ont en outre pour conséquence de modifier la période sur laquelle se calcule la révision du prix.

La surveillance procède à l'étude des motifs invoqués par le fournisseur pour excuser ses retards. Son rôle est de rassembler les éléments de la décision du Ministre, donc de donner son avis

(55) Le cas envisagé est celui des jambes d'atterrisseurs d'avions.

(56) Dans la Marine Nationale, notamment.

sur la valeur des arguments présentés par le fournisseur : on ne saurait en effet les examiner dans l'abstrait. Une connaissance des circonstances dans lesquelles le marché s'est déroulé est nécessaire pour apprécier si, compte tenu de la date à laquelle il est survenu, un événement constituait ou non pour le fournisseur un cas de force majeure l'empêchant de tenir ses délais.

Le fournisseur est donc tenu d'adresser un service chargé de la surveillance un avis de retard, chaque fois qu'intervient une cause de retard susceptible de compromettre l'exécution de la fourniture dans les délais contractuels. La surveillance est ainsi avertie et peut se livrer à ses recherches ; elle peut aussi intervenir pour faire respecter les délais.

La surveillance ne donne d'ailleurs qu'un avis en matière de sursis de livraison ou de prolongation du délai d'exécution. Il convient en effet de respecter, au sein de l'Administration, une séparation des fonctions : le service chargé de la surveillance rassemble les éléments d'une décision, procède à l'instruction. Un autre service prépare la décision du Ministre accordant ou refusant le sursis ou la prolongation de délai.

Il est évident, par ailleurs, que les agents du service de la surveillance sont soumis au secret professionnel. Le cahier de 1955 ne le précisait pas et, à la demande du Conseil National du Patronat Français (57), un paragraphe 3 a été inséré en 1958 à l'article 45 :

« Les fonctionnaires et agents de l'Etat, au courant, par leur « activité professionnelle, des moyens de fabrication et du fonctionnement des entreprises sont tenus de ne divulguer ces renseignements qu'aux autorités hiérarchiques ayant à en connaître ».

Pour remplir les tâches qui lui sont confiées, la surveillance a reçu des prérogatives considérables.

La surveillance doit être informée. Elle a pour cela le libre accès, de jour et de nuit dans les bureaux, magasins et ateliers du titulaire où peut l'appeler l'exécution de sa mission. L'article 45, § 2, ne vise pas les locaux des services comptables, commerciaux et du siège social. La mission d'investigation et de contrôle reste technique, même s'il est demandé à la surveillance des informations générales sur la marche de l'entreprise.

(57) Commission mixte des marchés de la Défense Nationale, 26^e séance, 14 juin 1956.

Mais dans la limite de sa compétence, la surveillance peut aller très loin dans ses vérifications. Le § 3 de l'article 45, précise que « tous les dossiers d'exécution sont tenus par le titulaire à la disposition de l'autorité chargée de la surveillance. Celle-ci peut se faire communiquer tous les renseignements utiles à l'exercice du contrôle technique du marché et opérer toutes les vérifications qu'elle juge nécessaires pour s'assurer que les clauses techniques sont respectées ». Le Patronat Français a d'ailleurs critiqué cette disposition, à ses yeux excessive (58) et susceptible de « donner lieu aux plus grands abus sans qu'aucune observation puisse être faite par le constructeur ».

Le titulaire du marché est tenu de prévenir en temps utile la surveillance des opérations auxquelles celle-ci a déclaré vouloir assister, de même qu'il doit aviser la surveillance des incidents qui surviennent au cours d'exécution.

Enfin, du seul fait que le marché est surveillé, le titulaire du marché doit mettre gratuitement à la disposition du service chargé de la surveillance les moyens d'action nécessaires, c'est-à-dire, d'une part des bureaux et les locaux fermant à clef, destinés à recevoir les instruments de mesure et les objets en cours d'examen, d'autre part, le personnel et le matériel nécessaires aux essais, enfin les moyens de transport à horaire régulier qui existaient pour le personnel de l'usine.

La surveillance en usine s'exerce également dans les usines des sous-traitants. L'article 44 du cahier industriel du 7 mai 1958 le prévoit expressément, comme le prévoyait l'article 6 du Règlement Air 1713, comme le stipule également le cahier anglais des clauses et conditions générales. Au surplus, les titulaires des marchés ont soin de le préciser dans les contrats qu'ils passent avec leurs sous-traitants.

Ce contrôle chez les sous-traitants s'exerce effectivement, dans la mesure du moins où l'importance quantitative ou qualitative le justifie. Il est difficile à exercer chez tous les sous-traitants, et notamment chez les sous-traitants des filiales du fournisseur titulaire du marché. Le contrôle devient presque impossible à exercer lorsque la division du travail est très poussée (59). C'est du reste un problème qui relève de l'étude de la structure économique de

(58) Comité de Rédaction, 80^e séance, 8 juillet 1954. Observations du C.N.P.F. du 5 janvier 1954.

(59) Commission mixte des Marchés. Comité de Rédaction, 28^e séance, 25 février 1953.

la branche industrielle considérée et non pas seulement un problème juridique.

L'autorité chargée de la surveillance est enfin l'intermédiaire nécessaire entre le fournisseur et l'Administration. « Toute correspondance relative à la fabrication adressée par le titulaire « au Ministre ou à toute autorité administrative doit être transmise « mise par l'autorité chargée de la surveillance (60) ».

Une exception est faite en ce qui concerne la correspondance échangée entre le titulaire et le commissaire du Gouvernement lorsqu'il en existe un. La question avait été posée (61) de savoir s'il ne devait pas être renoncé à cette exception. Il n'en a rien été, le commissaire du Gouvernement devant rester indépendant de l'Administration.

L'exercice de la surveillance laisse entière la responsabilité du titulaire du marché. Le droit de l'Administration de rebuter les fournitures reconnues défectueuses au moment de la réception est expressément rappelé par le § 6 de l'article 45. Il ne faudrait pas en conclure que le contrôle de la surveillance s'est révélé défectueux : il faut vérifier non seulement les pièces unitaires et leur usinage, mais également le montage, puis faire les essais, et vérifier qu'il n'y a pas eu de dommages au cours du transport, et parmi ces opérations, certaines ne peuvent être effectuées en usine. Au surplus, il est essentiel qu'il n'y ait aucune dilution des responsabilités et, si la surveillance s'efforce de prévenir les erreurs et les malfaçons, la responsabilité de l'exécution du marché est laissée intégralement au fournisseur, de la façon la plus nette qui soit.

Le droit pour l'Administration d'exercer une surveillance en usine constitue sans aucun doute un élément essentiel des marchés industriels. On a voulu faire de cette surveillance le critère des marchés industriels (62), mais nous n'avons pu retenir cette idée. Il est certain que la surveillance en usine s'applique à tous les marchés industriels, sauf dérogation contractuelle expresse. D'ailleurs, les directions qui passent les marchés industriels sont dotés d'un service chargé de la surveillance des fabrications confiées à l'industrie.

(60) Article 45 du Cahier industriel.

(61) Commission mixte des marchés, Sous-Commission des marchés industriels 26^e séance, 7 juin 1951.

(62) Rapport au Ministre de la Défense Nationale et des Forces Armées et aux Secrétaires d'Etat aux Forces Armées, par le contrôleur général, Président de la Commission mixte des marchés de la Défense Nationale, non daté, précédant le Cahier du 19 janvier 1955.

L'Administration est appelée à exercer un contrôle, extrêmement poussé. Il en est de même à l'étranger. En République Fédérale Allemande, notamment, la surveillance en usine est en droit permanente ; elle s'exerce en fait de façon continue pour les marchés importants, et des contrôleurs en usine sont présents ; comme en France, l'exercice de la surveillance laisse entière la responsabilité du fournisseur. Lorsque la Grande-Bretagne fait exécuter à l'étranger certaines commandes, un contrôle aussi poussé, aussi minutieux que celui qui est exigé par le droit administratif français est exercé en usine, chez le fournisseur, par les services acheteurs britanniques.

Cette surveillance n'est donc pas l'effet d'un hasard, mais deux raisons très différentes peuvent la rendre nécessaire.

D'une part, l'on ne peut actuellement se fier uniquement aux contrôles exercés par les industriels sur leur propre fabrication. Dans certaines entreprises, pourtant très sérieuses, la proportion de la main-d'œuvre qui est affectée au contrôle des matières premières, des pièces, des montages et du fonctionnement des ensembles est très inférieur à celui que certaines entreprises étrangères similaires, travaillant dans la même branche de la production industrielle, consacrent de façon permanente à ces tâches. Il y a là une raison de structure, propre peut-être à l'économie française, mais qui est en voie d'évolution et qui, à ce dernier titre, ne saurait justifier de façon permanente une surveillance de la production. En outre, on peut noter que la surveillance se fait plus discrète dans les sociétés qui ont une longue tradition de qualité et de précision.

D'un autre côté, la surveillance n'est en rien une caractéristique des marchés militaires. Les navires construits pour l'armement privé le sont sous la surveillance d'un bureau de contrôle, de renommée mondiale. Les sommes en jeu sont trop importantes, et les délais d'exécution trop longs pour que rien ne soit laissé au hasard.

Mais, l'existence de cette surveillance privée exercée pour le compte de l'armateur met en lumière ce qui est sans doute la raison fondamentale de la surveillance exercée par les départements militaires sur leurs commandes. Les spécifications techniques exigées par les départements militaires sont de loin plus sévères que les spécifications usuelles dans la vie économique privée. Si l'on cherche un exemple dans le domaine de la construction navale, le fait pour un armateur de stipuler que son navire sera soumis, au cours de sa construction, à la surveillance

« Marine Nationale », et non aux normes courantes de la Marine marchande, suffit pour faire augmenter le prix de façon très notable.

Dans ses observations du 5 janvier 1954, le Conseil National du Patronat français a très justement fait observer que « lors-
« que le marché porte sur des matériels de série qui, autant et
« souvent plus que le secteur militaire, intéressent le secteur
« civil où ils ont une large clientèle, on ne voit pas quelle garan-
« tie supplémentaire la surveillance pourrait procurer à l'Admi-
« nistration cliente. S'agissant de matériels qui, chez tous les
« constructeurs sérieux, offrent notoirement des garanties d'une
« constance quasi-absolue de la qualité et des performances, l'Ad-
« ministration ne court pratiquement aucun risque ». Une telle
idée peut être admise, mais il n'est plus certain qu'on soit alors
en présence d'un « marché industriel ».

Les marchés militaires, dans la plupart des cas, portent sur des fournitures qui n'existent pas d'ores et déjà dans le commerce, et qui doivent être fabriquées de façon à obtenir des performances particulièrement élevées. La surveillance en usine limite au maximum les risques, et contribue à éviter les discussions contentieuses qui naissent des contrats qui n'ont pu être menés à bonne fin. Son intervention évite surtout que, de bonne foi, le titulaire du marché ne s'engage sur une voie erronée qui ne lui permettrait pas de remplir ses obligations contractuelles. Par là, la surveillance évite les lourdes pertes financières qui résulteraient des dépenses exécutées en vain.

Aussi la surveillance est-elle acceptée réellement par les industries travaillant pour la Défense nationale, de façon extrêmement générale.

4° *Les contrôles sur le matériel livré.*

LA RECETTE DÉFINITIVE ET LE DROIT D'APPEL.

Le Cahier applicable aux marchés industriels prévoit une réception provisoire, généralement prononcée en usine, et une recette définitive, cette dernière n'intervenant en principe qu'à destination, après achèvement des vérifications en qualité et en quantité.

Le texte de 1955 ne distinguait pas nettement entre « recette » et « réception », mais les articles 51 et 58 du Cahier industriel du 7 mai 1958 ont comblé cette lacune.

La recette consiste en une série d'opérations destinées à vérifier que la fourniture répond, en qualité et en quantité, aux spécifications du marché.

Au vu des opérations de recettes, l'autorité qualifiée prononce la réception de la fourniture, l'ajournement ou le rebut de celle-ci. La réception est ainsi, comme le précise l'article 51, « la constatation par l'Administration de leur acceptation (des fournitures) par l'Etat... ».

La réception définitive est en général prononcée à destination par une « Commission de Recette » réunissant des représentants des services techniques, des services administratifs, et du magasin dont le gestionnaire prend en charge le matériel. En certains cas, des commissions permanentes existent, spécialisées, telle la « Commission permanente des essais des bâtiments de la flotte », chargée des essais officiels à la mer et à bord ; dans les autres cas, la commission est constituée lorsque ses services sont nécessaires.

Le titulaire du marché de fournitures peut faire appel de la décision de la Commission de recette. Cet appel est formé, selon l'article 58 du Cahier industriel, devant l'autorité qui a approuvé le marché. Cette autorité doit recueillir, avant de statuer, l'avis d'une commission consultative. La décision peut elle-même faire l'objet d'un recours au Ministre. Le cahier industriel innove ainsi par rapport au cahier de 1932, lequel prévoyait une décision d'une Commission d'appel, échelon nécessaire avant le recours au Ministre. La commission a perdu pouvoir de décision et son rôle n'est plus que consultatif.

On s'est demandé s'il subsistait la possibilité, pour le chef du service ayant passé le marché, de faire lui-même appel des décisions de la Commission de recette. Il semble bien que la suppression ait été volontaire : dès 1951, il était fait remarquer que l'appel de l'Administration formé contre une décision prise par un de ses services, en l'occurrence la Commission de recette, était anormal (63). De plus, une nouveauté, introduite, en 1958, montre bien l'intention de rendre exceptionnels les appels : une sanction est prévue par le § 6 de l'article 57 contre tout recours abusif au Ministre ; le titulaire se voit imputer la totalité des frais engagés pour les essais et analyses qui auraient été nécessaires. On peut donc conclure que l'appel exercé par le chef de service, qui n'est plus prévu par le texte de 1958, a bien été supprimé.

(63) Sous-Commission des Marchés Industriels, 34^e séance, 17 octobre 1951.

La réception définitive à destination s'oppose à la recette technique, partielle ou totale, prononcée en usine et qui n'est que provisoire.

La réception en usine des produits sidérurgiques de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier est au contraire considérée comme définitive, tant du point de vue quantitatif que qualitatif (64). Les barèmes des usines sidérurgiques prévoient en effet que la réception des aciers se fait avant l'expédition de l'usine et qu'elle est définitive.

Or, l'article 4 du traité du 18 avril 1951, instituant la CECA, prohibe « ...les mesures ou pratiques établissant une discrimination entre producteurs, entre acheteurs ou entre utilisateurs, « notamment en ce qui concerne les conditions de prix ou de « livraison ... » ; l'article 60 prévoit, en application de cet article 4, que « sont interdites en matière de prix les pratiques con- « traaires aux articles 2, 3 et 4 et notamment : « ... les pratiques « discriminatoires comportant, dans le marché commun, l'appli- « cation par un vendeur de conditions inégales à des transac- « tions comparables, ... » ; le même article 60 prévoit le dépôt des barèmes des prix et conditions de ventes.

Le jeu de ses dispositions a eu pour effet de conférer aux conditions de vente déposées par des sociétés privées une force juridique supérieure à celle de la réglementation administrative étatique, et même supérieure à celle de la loi nationale. S'appuyant sur une disposition d'un traité créant une autorité supranationale et tirant sa force de ce traité, les conditions de ventes elles-mêmes prennent la force d'un acte juridique supranational. Il serait intéressant de chercher si les droits administratifs des Etats membres de la CECA n'ont pas une similitude telle qu'il soit possible de mettre sur pied des conditions générales communes pour l'achat des produits sidérurgiques et pour redonner au droit administratif une autorité perdue.

Qu'elle soit réalisée en usine ou à destination, la réception définitive réalise le transfert de propriété de la fourniture à l'Etat. C'est la première fois, semble-t-il, qu'un cahier des charges définit l'instant où s'effectue le transfert de propriété (65). Avant ce transfert, la fourniture est déposée dans un établissement d'Etat,

(64) Sur ce point, voir la Circulaire n° 1338 CMA 4 du 26 juillet 1956. *Bulletin officiel chronologique de la Marine*, 1956, page 2.509.

(65) Voir *Bulletin officiel du Service des Commandes de la D.E.F.A.*, n° 113, juin 1958.

un arsenal ou un magasin, en attente des formalités de la recette définitive. Avant le transfert de propriété, l'Administration n'a que la responsabilité du dépositaire.

La réception définitive intervient qu'après l'exécution complète par le fournisseur des obligations qui lui incombent à la date de la livraison. D'autres obligations peuvent naître, éventuellement, au titre de la garantie qui part de la réception définitive, ainsi qu'il est précisé à l'article 58.

LA GARANTIE DU FOURNISSEUR ET LA PROLONGATION DES DÉLAIS DE GARANTIE.

Par les formalités de recette, l'Administration s'efforce de n'accepter que du matériel donnant totale satisfaction, aussi bien du point de vue des performances auquel il parvient qu'au point de vue de sa conservation.

Il arrive cependant qu'après un temps plus ou moins long, certains défauts se révèlent, que les fournitures aient été utilisées ou stockées. Un vice caché apparaît. Il serait en principe possible de revenir sur la réception définitive de la fourniture, dans les conditions restrictives posées par le Conseil d'Etat (66). Si l'Administration cite encore l'arrêt Doux du 6 janvier 1928, c'est généralement pour constater que ces conditions ne sont pas remplies.

En vue d'assurer le remplacement des matériels avariés ou leur réparation, un délai est stipulé pendant lequel le fournisseur garantit à l'Etat le bon fonctionnement et la bonne conservation de son matériel.

Prévus à l'article 58 du Cahier industriel, le délai et les obligations de garantie ne se confondent pas avec l'exécution de l'obligation contractuelle de livrer la fourniture. L'article 58 précise en son alinéa 1^{er} que « le marché détermine la durée du délai de garantie. Ce délai part de la réception définitive ». La terminologie est donc différente de celle employée dans le droit des travaux publics, où la réception « définitive » est celle qui intervient à l'expiration du délai de garantie.

L'article 70 du Cahier des Clauses et Conditions générales du 21 novembre 1932 prévoyait que toute avarie étrangère à des cas de force majeure, et ne provenant pas de l'usure naturelle ni du

(66) Conseil d'Etat 6 janvier 1928. Doux, p. 27. Sur ce point, voir JÈZE, Contrats, 1^{re} partie, page 453.

fait de l'Administration devait être réparée aux frais du fournisseur. Le règlement Air du 16 février 1946 précisait en son article 21, 4^e alinéa, que « la garantie donnée par le titulaire d'un « marché porte également sur la bonne fabrication, le bon fonctionnement et le montage des organes d'équipement et accessoires qu'il achète et monte sur les matériels qu'il fabrique... ». Le fournisseur, titulaire d'un marché industriel, ne fabrique généralement pas lui-même la totalité de la fourniture. Le souci de la division du travail et de la rationalisation conduit à spécialiser les fabricants de sous-ensembles. Mais seul le titulaire du marché est tenu de la totalité de la garantie, qui est unique.

Il en est ainsi même si le sous-traitant est imposé au fournisseur principal, lorsque celui-ci s'est engagé expressément envers l'Etat à assurer le bon fonctionnement du matériel. L'article 58, à la différence de la Norme Air 1713, n'a pas précisé que l'obligation de garantie s'étend aux matériels sous-traités et incorporés dans la fourniture, mais on peut admettre que, dans le cas général, cette précision est inutile : le titulaire est tenu personnellement de l'exécution du marché. Dans l'hypothèse où un sous-traitant est imposé par l'Administration, une clause particulière du marché semble nécessaire pour que le titulaire soit responsable de l'ensemble : cette clause devrait définir clairement l'exacte étendue de l'obligation du fournisseur.

Le commentaire s'attache à montrer qu'aucune obligation nouvelle ne résulte pour l'industriel de l'article 58 ; bien plus, le cahier industriel a limité, en les définissant, les obligations de garantie. Dans le silence du marché, la garantie comprend le démontage, le remplacement et le remontage de la partie avariée ou endommagée de la fourniture. Il faut y ajouter évidemment que le fournisseur est tenu, après ces opérations de livrer un ensemble en état de marche. Mais l'article 58 ne permet pas, selon le commentaire, de réclamer au fournisseur des dommages-intérêts pour l'immobilisation du matériel réparé. Il serait nécessaire qu'une clause du marché l'eût précisé.

Le cahier industriel a voulu tenir compte des aléas considérables que représentent les réparations faites au titre de la garantie. Les conséquences des avaries sont difficiles à prévoir et donc à assurer. Il a paru préférable de limiter ces risques.

Le commentaire de l'article 58 du Cahier industriel de 1955 commençait par ces mots : « Les nouvelles dispositions adoptées « pourraient paraître, à première lecture, imposer aux titulaires « de marchés des charges supérieures à celles prévues par l'arti-

« cle 70 du Cahier des Clauses et Conditions générales de 1932 ». Il est bien évident qu'une telle rédaction laisse entendre que des craintes se sont ouvertement exprimées au cours de la rédaction du nouveau cahier.

Une première tendance s'est révélée lors des discussions. Certains services désiraient que le titulaire fût tenu de réparer le matériel avarié en quelque lieu qu'il se trouvât (67). Cette proposition n'a pas été adoptée, afin de ne pas aggraver de façon très sensible les obligations de garantie et de ne pas accroître la marge de risque qu'incluent dans leurs prix les fournisseurs.

De façon plus générale, l'on a proposé de généraliser le système suivi par le Ministère de l'Air. L'industriel aurait ainsi la charge de la totalité de la réparation pendant le délai de garantie (68). Mais, là encore, il s'agit d'une assurance qui serait payée dans les prix des marchés. Or, les pratiques des différents services sont plus nuancées. En ce qui concerne la Marine nationale (69), les frais de main-d'œuvre ne sont pas nécessairement à la charge du fournisseur. Lorsque dans le procès-verbal de recette des réserves sont faites sur la bonne tenue du matériel, le fournisseur est tenu de l'ensemble des frais de remise en état. Mais pendant les délais de garantie d'un bâtiment de guerre, les démontages des pièces avariées sont, en certains cas, effectués par le personnel militaire, le remontage des nouvelles pièces étant fait sous la direction et avec l'aide des spécialistes envoyés par le fournisseur. Dans la Marine marchande également, les frais ne sont pas intégralement supportés par le fournisseur, lorsque la garantie est mise en jeu : la garantie porte uniquement sur le remplacement de la pièce brute, mais les frais de transport et de démontage sont à la charge du client (70).

A l'inverse, certains ont proposé la suppression pure et simple de l'obligation de garantie qui amène les industriels à majorer leur prix. Si cette proposition n'a pas été retenue (71), on peut citer des cas où les fournisseurs ayant jugé nécessaire de souscrire une assurance, l'Etat s'est, à certain moment, substitué à l'assurance, ce qui revenait à éteindre, en pratique, les conséquences de l'obligation de garantie. L'exemple des pays étrangers n'a pas fourni des motifs déterminants pour définir une ligne de

(67) Comité de Rédaction, 71^e séance, 28 avril 1954.

(68) Sous-Commission des Marchés Industriels, 2^e séance, 24 février 1950.

(69) Sous-Commission des Marchés Industriels, 2^e séance, 24 février 1950.

(70) Sous-Commission des Marchés Industriels, 2^e séance, 24 février 1950.

(71) Comité de rédaction, 67^e/68^e séance, 25 et 31 mars 1954.

conduite : si l'Administration anglaise ne connaît pas le délai de garantie, aux Etats-Unis, le fournisseur remplace les pièces défectueuses (72). De même, a été abandonné le projet renversant la charge de la preuve qui eût obligé l'Administration à prouver une faute du fournisseur (73).

C'est finalement une solution modérée qui a prévalu.

Le projet établi en juillet 1953 (74) a un instant paru plus sévère que le texte de 1932. Il stipulait, en son article 50, § 3 que : « L'obligation de garantie s'étend à la réparation des conséquences directes de l'avarie ou du dommage, lorsque ceux-ci ont été provoqués par un défaut de matières, de fabrication ou de montage ».

Dans ses observations du 5 janvier 1954, le Conseil National du Patronat Français a critiqué ces dispositions : « Ce paragraphe nouveau met à la charge du fournisseur des risques illimités, indéfinissables, et de ce fait inassurables. Le plus grand intérêt s'attache, pour l'Administration aussi bien que pour les fournisseurs, à ce que le texte de 1932 soit conservé ».

En fait, le projet d'instruction joint au projet du cahier précisait qu'il fallait entendre par « conséquences directes » les avaries matérielles que la rupture ou la déformation d'une pièce a pu faire subir à d'autres pièces faisant partie de la fourniture.

Il y avait là une mauvaise rédaction, le projet et son commentaire étant contradictoires, et satisfaction a été donnée au C.N.P.F. : l'article 58 ne donne pas à l'Administration le droit de réclamer des dommages et intérêts pour l'immobilisation du matériel en réparation, un tel droit ne pourrait résulter que d'une clause expresse du marché (75). Par là, les dispositions du cahier industriel sont moins sévères pour le vendeur que ne le sont les articles 1641 et suivants du Code civil, notamment l'article 1645 selon lequel :

« Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur ».

On peut noter également que satisfaction a été donnée au C.N.P.F. en supprimant l'injonction faite au titulaire du marché

(72) Sous-Commission des Marchés Industriels, 2^e séance, 24 février 1950.

(73) Comité de rédaction, 15^e séance, 8 octobre 1952.

(74) Projet joint à la lettre n° 1952 S.E.A. du 3 juillet 1953, avec un projet d'instruction.

(75) Article 58 du Commentaire du Cahier industriel du 7 mai 1958.

d'exécuter « immédiatement » les réparations, ainsi que le délai de principe de 3 mois pour procéder aux réparations. Les ordres de mise à réparer fixent dans chaque cas les modalités d'exécution et notamment les délais d'exécution.

Par contre, sur un point, la demande du C.N.P.F. a été rejetée : la notion « d'usure naturelle » qui figurait à l'article 70 du cahier de 1932 n'a pas été réintroduite dans le cahier industriel. La commission a estimé que cette notion ne concernait pas les fournitures industrielles pour lesquelles une garantie technique est accordée.

Le Règlement Air 1714 B détaille davantage les obligations de garantie imposées aux fournisseurs de l'aéronautique.

L'article 58 distingue la « garantie de stockage » de la « garantie de fonctionnement et d'endurance ». La première d'entre elle porte sur la totalité du matériel fourni, y compris l'emballage et le conditionnement ; elle court pendant un an, sauf clause contraire du contrat. La seconde ne couvre ni l'emballage ni le conditionnement ; elle court pendant un an, sauf clause contraire du contrat, à compter de la date où l'utilisateur déballe le matériel livré en emballage conditionné en vue du stockage et à compter de la date de livraison, si le matériel n'a pas été conditionné en vue du stockage. La garantie de fonctionnement et d'endurance ne joue que si certaines précautions ont été prises lors du déballage d'un matériel livré avec garantie de stockage : la durée de cette dernière garantie ne doit pas être expirée, et le stockage par l'Administration a dû respecter les règles en vigueur. Ces deux garanties obligent le fournisseur à rendre l'ensemble avarié propre à l'usage auquel il est destiné en effectuant, à ses frais, les travaux et fournitures nécessaires. Le titulaire n'est libéré de l'obligation de garantie que si l'avarie provient du fait de l'Administration ou de la force majeure. Mais la preuve du fait de l'Administration est difficile à faire.

Dans certaines hypothèses, la garantie est seulement une « garantie d'approvisionnement et de montage » : pour le matériel, les organes et équipements qu'il approvisionne et ne fabrique pas, le titulaire du marché n'est tenu que de garantir le montage de ces matériels, organes et équipements. Mais le titulaire doit exiger de ses fournisseurs la garantie définie par les prescriptions techniques, et pour les recours éventuels, subroger l'Etat dans ses droits vis-à-vis des fournisseurs.

Enfin, dans certains cas, la garantie de fonctionnement et d'endurance peut être limitée par le marché à une « garantie de bonne exécution » qui s'apprécie « selon les usages courants de la profession pour l'usinage, le montage et les essais du matériel, au moment de leur utilisation » et conformément aux prescriptions techniques prévues au marché.

Il s'agit en réalité dans ce dernier cas de limiter l'étendue de la garantie accordée par le fournisseur dans certains marchés, de réparation en particulier. Il est difficile, en effet, de donner une garantie sur un matériel usagé, même une fois effectuées les réparations nécessaires. Mais le texte même de l'article 58 de la Norme Air 1714 B ne permet guère de se faire une idée exacte de la portée de la garantie de bonne exécution par comparaison avec celle de la garantie de fonctionnement et d'endurance. Il y a simplement à en retenir, qu'en pratique la garantie est moins étendue, et plus rarement mise en jeu, lorsqu'il convient d'appliquer le § 5 au lieu des § 3 et 4 de l'article 58 de la Norme Air 1714 B.

Le dernier paragraphe de l'article 58 du cahier industriel ne se retrouve pas dans les Règlements Air. Ce paragraphe prévoit que le texte du marché peut stipuler « que le titulaire assume, jusqu'à l'expiration du délai de garantie, les frais des modifications apportées en vue de remédier... soit à des défauts systématiques... soit à des défauts de conception caractérisés ».

Les fournisseurs ont vivement protesté contre ces dispositions excessives, qui méconnaissent du reste les conditions de la recherche et de la production industrielles et que le commentaire présente comme « particulièrement utile (s) pour les marchés portant sur du matériel aérien ».

Finalement l'Air a renoncé à inscrire ce § 6 dans ses règlements. L'article 58 bis, § 3, « Cas particulier aux aérodynes », met au contraire à la charge de l'Etat les frais de modifications des aérodynes de série lorsque ces modifications sont nécessaires pour remédier aux défauts de fonctionnement, d'endurance et d'utilisation relevés au cours des essais de mise au point conduits pendant l'exécution du marché de présérie. Il semble que ni la Guerre, ni la Marine n'utilisent ce paragraphe 6.

Dès la publication du cahier industriel du 7 mai 1958, l'article 58, § 6, était caduc. Une clause analogue existe cependant à l'article 25, § 1^{er}, 6^e alinéa du cahier des clauses et conditions générales applicables aux marchés de fournitures du Commissariat à l'Energie Atomique de septembre 1958.

Lorsque des avaries sont survenues au matériel fourni pendant la durée de la garantie, une sanction peut être prise, la prolongation du délai contractuel de garantie. C'est là une sanction particulièrement efficace, et les industriels s'efforcent d'éviter qu'elle ne soit prononcée. La prolongation du délai de garantie est faite chez les sous-traitants, même s'ils n'ont pas été cités dans le marché ; cette mesure a pour but de faciliter la répartition exacte des responsabilités : en effet, dans un marché industriel, l'Administration ne peut s'abstraire des problèmes concrets de la production industrielle — et c'est même là le critère qui a été retenu pour les « marchés industriels » — même si l'Etat n'est pas directement intéressé à cette répartition des responsabilités.

Par rapport au régime antérieur, le § 3 de l'article 58 du cahier industriel prescrit de rechercher l'accord du fournisseur sur la prolongation de délai qui sera infligée d'après l'importance des avaries ou dommages sans toutefois que la prolongation puisse être d'une durée supérieure à celle des délais de garantie. A défaut d'accord, le Ministre peut agir d'autorité. C'est l'intérêt du fournisseur de rechercher un tel accord avec le service, plutôt que de s'exposer à voir la fourniture acceptée avec une réfaction sur le prix. Il y a là une question de trésorerie, mais aussi une question de publicité et de prestige commercial. Le Règlement Air 1714 B, de même, prévoit que cet accord devra être recherché avant toute décision d'autorité.

Mais le cahier industriel, comme le Règlement Air 1714 B, interdisent toute prolongation du délai de garantie lorsque, en raison de l'urgence, l'Administration a dû procéder elle-même, aux frais du titulaire, aux réparations tombant sous l'application de la garantie. Les travaux préparatoires sont muets sur les raisons d'être de cette disposition qui peut s'expliquer par le souci d'éviter des contestations qui deviendraient vite inextricables.

*
**

Les marchés industriels sont placés sous l'incessant contrôle de l'Administration. Il peut paraître paradoxal que des marchés conclus de gré à gré ou du moins passés avec des entreprises dans lesquelles les services ont une confiance certaine doivent être suivis d'une façon aussi constante.

Mais cette contradiction apparente s'explique. Les fournitures industrielles sont perpétuellement modifiées. Le progrès technique, s'accéléralant, ne permet pas, d'autant que s'allonge le processus de production, d'attendre les commandes nouvelles pour moder-

niser le matériel. Et par ailleurs, les fabrications — sans même parler des études ou des prototypes — qui sont entreprises pour la Défense nationale doivent nécessairement représenter un progrès sur les fabrications courantes. Pris dans son ensemble, le matériel commandé par les marchés industriels de la Défense nationale est en avance sur la production de l'industrie ; il y a là un secteur pilote de l'économie nationale. C'est pourquoi il est vain d'espérer que les spécifications techniques seront définitivement arrêtées lors de la passation du contrat ; il serait de même illusoire de prétendre renoncer à décider des modifications en cours d'exécution, et traiter à prix définitif n'est ni toujours possible, ni obligatoirement avantageux du point de vue financier. C'est pourquoi également, une surveillance constante est nécessaire en cours d'exécution du marché, comme au moment de la réception des fournitures.

D. — LES MOYENS DE COERCITION.

Le cahier industriel est conservateur et autoritaire. Il a conservé l'arsenal des moyens de coercition qui existent dans le droit administratif classique pour contraindre le fournisseur à respecter les obligations découlant de son marché. Or, on critique aujourd'hui ces précautions ; l'existence de ces moyens de coercition empêcherait les industriels travaillant pour l'Etat de le faire dans les conditions économiques les meilleures.

Remarquons, avant tout, que de tels moyens de coercition ne sont aucunement propres au droit français. Les Administrations anglaises possèdent également des moyens d'action destinés à contraindre le fournisseur négligent. L'article 66 du cahier général des charges belge, énumère les moyens d'actions de l'Administration. Le droit allemand donne également aux services de la République Fédérale un pouvoir de contrainte à l'égard du fournisseur défaillant.

Mais l'originalité du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés industriels de la Défense nationale est d'avoir tenté de rendre plus efficaces certains des moyens de coercition, et d'en avoir créé de nouveaux. Par contre, le déclin de certaines sanctions s'accroît.

1° Rendre plus efficaces les moyens classiques.

Les pouvoirs juridiques les plus affirmés, les plus incontestables sont d'une utilisation difficile, dans la mesure même où ces

pouvoirs sont clairement définis, codifiés, et par là limités. Pour donner vie et efficacité à ces possibilités inemployées, il semble que le mieux soit de les assouplir.

a) *Les pénalités pour retard.*

Dès 1955, le cahier industriel a prévu deux systèmes de pénalités pour retard, et une liberté totale a été laissée au service qui négocie les marchés pour définir un barème particulier au cas concret envisagé.

La divergence de vues, déjà signalée, entre la conception autoritaire faisant du cahier des clauses administratives générales un texte dont, à l'instar du droit anglais, il n'est pas possible de s'écarter, et la conception classique du droit administratif français a vite été réduite par une décision de la sous-commission des marchés industriels, qui invite les services à ne pas manquer d'adapter les pénalités au caractère particulier de certains marchés, en s'écartant en cas de besoin, des normes écrites dans le cahier (76).

Mais l'opposition entre les points de vue des représentants des divers services s'est fait vivement sentir lorsqu'il s'est agi de retenir un système de pénalités pour retard afin de l'insérer dans le cahier industriel. En effet, le système retenu est destiné à être la règle générale et les marchés s'abstiennent, sauf raison sérieuse, de modifier les clauses du cahier (77).

Initialement, le rapporteur proposait un système inspiré du Règlement Air 1713. L'article 35 du projet du 10 juillet 1950 prévoyait « une pénalité uniformément fixée par jour de retard à deux francs par dix mille francs sur le montant de la valeur des fournitures en retard ».

Le projet adopté par la sous-commission le 14 juin 1951 prévoyait un seul système de pénalités qui devaient être proportionnelles à la valeur de la fourniture en retard et à la durée de ce retard, inversement proportionnelles au délai contractuel. La base de calcul des pénalités était la valeur révisée, taxes comprises, de la fourniture en retard.

Ce projet a été sévèrement critiqué. Il renonçait à diminuer le taux des pénalités à mesure qu'augmentait le montant des

(76) Sous-Commission des marchés industriels, 26^e séance, 7 juin 1951.

(77) Il convient de mettre à part le cas où il est publié un cahier spécial dérogeant au C.C.A.C. du 7 avril 1958.

marchés. La dégressivité du tarif des pénalités prévues par le cahier du 21 novembre 1932 présentait cependant des avantages. Il est fréquent que la marge bénéficiaire soit moindre sur les marchés importants que sur les petits marchés. Cela justifie amplement une réduction du taux des pénalités. Certains ont critiqué la règle selon laquelle les pénalités étaient assises sur la valeur révisée des fournitures, ce qui complique le travail des services liquidateurs. De même, l'on a critiqué le décompte des pénalités effectué sur les prix taxes comprises. La différence entre les deux bases de calcul peut atteindre le quart de la plus faible d'entre elles, et les pénalités infligées sur une même fourniture peuvent, pour un même retard, être très différentes selon la destination donnée au matériel.

C'est pourquoi une réaction s'est fait sentir au comité de rédaction (78) contre la rigidité excessive du texte adopté par la sous-commission.

Une option a été proposée pour permettre aux services de choisir entre le barème et la formule initialement retenue par le rapporteur. Celle-ci, en effet, ne tient pas compte de la situation créée lorsque le marché prévoit des livraisons successives de matériels.

Ainsi que le précisait le rapporteur, l'option entre formule et barème n'est fondée qu'en certains cas. Il est logique que la pénalité journalière soit indépendante de la livraison de chaque lot, dans un marché où chaque lot est indépendant des autres. En ce cas, le recours à un barème analogue à celui de 1932 est préférable. A l'inverse, lorsque chaque fourniture partielle dépend des précédentes, un retard au début a des répercussions plus graves qu'un retard sur un des derniers éléments à fournir. En ce cas, la formule qui rend la pénalité inversement proportionnelle au délai d'exécution pénalise moins lourdement les dernières fournitures à livrer.

Cette possibilité d'option a été finalement retenue par le comité de rédaction (79).

De même, certains pensaient (80) que si, sur le plan théorique, il était logique d'asseoir les pénalités sur la valeur révisée, l'application pratique de cette règle compliquerait la tâche des services

(78) Comité de rédaction, 11^e séance, 2 juillet 1952 ; 13^e séance, 9 juillet 1952 ; 14^e séance, 1^{er} octobre 1952.

(79) Comité de rédaction, 13^e séance, 9 juillet 1952.

(80) Comité de rédaction, 11^e séance, 13 juin 1952.

sans que le résultat justifie le supplément de travail qu'elle entraînerait. Au surplus, ajoutaient-ils, il serait toujours possible d'introduire cette notion dans un contrat donné, au moyen d'une clause particulière au marché, si une différence considérable devait résulter de l'application de l'une ou de l'autre méthode. La fixation des pénalités sur le montant initial et non révisé du marché a donc été retenue par le comité de rédaction (81) : « Sauf disposition particulière du marché, il n'est pas tenu compte de la clause de révision de prix pour déterminer la valeur pénalisée, celle-ci est égale au prix contractuel, éventuellement taxes comprises, de la partie des fournitures en retard ou exceptionnellement de l'ensemble des fournitures si le retard de livraison d'une partie rend l'ensemble inutilisable ».

Ces diverses dispositions, adoptées par le comité de rédaction, ont été critiquées à leur tour.

La sous-commission avait décidé auparavant que les pénalités seraient assises sur la valeur révisée, taxes comprises, de la fourniture en retard (82) et la compétence du comité de rédaction pour modifier ce point de vue a été contestée. En fait, le comité de rédaction, organisme restreint, a joué un rôle plus important que son titre ne le laisserait supposer, dans l'élaboration du cahier industriel.

Mais en l'espèce, certains services ont fait connaître leur opposition au projet du Comité de rédaction. La Direction centrale des Constructions et Armes navales n'a pas donné son accord au texte remanié par le comité de rédaction (83). Cette direction estime préférable de calculer les pénalités sur le prix révisé — qui est le prix contractuel — et non sur le prix de base. Ces deux prix diffèrent beaucoup en période d'instabilité monétaire, et l'Etat perdrait trop sur les marchés de longue durée ; d'autre part, les pénalités auraient un moindre pouvoir de coercition si leur base était connue par avance et si leur montant pouvait être évalué avec précision avant même la signature du marché.

La Direction Technique et Industrielle de l'Aéronautique calcule de même toutes les pénalités sur les prix révisés (84).

Finalement, la sous-commission a confirmé sa position initiale et a décidé de revenir à la notion de valeur révisée de la fourni-

(81) Comité de rédaction, 13^e séance, 19 juillet 1952.

(82) Sous-Commission des marchés industriels, 27^e séance, 14 juin 1951.

(83) Comité de rédaction, 16^e séance, 15 octobre 1952.

(84) Comité de rédaction, 16^e séance, 15 octobre 1952.

ture en retard pour calculer les pénalités (85). A la demande de la Marine, il a été précisé que l'Administration a la faculté de calculer les pénalités pour chacune des livraisons fractionnées, mais qu'elle n'est pas tenue de le faire.

Ultérieurement, il a été précisé que la Direction des Fabrications d'Armement et l'Intendance de l'Armée de Terre renaient également la valeur révisée pour calculer les pénalités (86).

Finalement, un compromis a été réalisé et c'est un système original qui a été retenu pour l'article 50 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés industriels. La nouveauté réside dans la pluralité des systèmes proposés.

Dans le silence du marché, c'est le barème du cahier du 21 novembre 1932 qui s'applique. Ce barème a été intégralement conservé avec ses taux, et ses deux caractéristiques : le taux des pénalités est dégressif selon le montant du marché ; mais, pour un marché donné, le taux double au-delà du 60^e jour de retard, et double à nouveau à partir du 121^e jour.

L'article 50 du cahier du 7 mai 1958, propose également de fixer les pénalités journalières au dixième du quotient de la valeur des fournitures en retard par le nombre de jours du délai contractuel. La formule initiale du rapporteur est ainsi introduite dans les clauses administratives générales. Elle n'est appliquée que si une clause expresse du contrat s'y réfère. Ainsi que le dit le commentaire, « cette formule a divers avantages : elle remédie aux discontinuités du barème classique et rend exactement compte de ce que le retard doit être apprécié et sanctionné non en fonction de sa valeur absolue mais en fonction de sa valeur relative par rapport à la durée d'exécution du marché ». Cette formule n'est pas applicable aux marchés à lots étant donné la difficulté de définir de façon précise le nombre de jours du délai contractuel.

Enfin, l'article 50 prévoit la possibilité d'appliquer un barème particulier au marché, et susceptible de rendre compte des difficultés propres à la fourniture considérée.

Le régime classique reste le droit commun. La valeur pénalisée est, comme selon le cahier du 21 novembre 1932, la valeur révisée, taxes comprises, de la partie de la fourniture en retard. Exceptionnellement, la valeur pénalisée est celle de l'ensemble de la fourniture, si le retard de livraison d'une partie rend le tout

(85) Sous-commission des marchés industriels, 51^e séance, 3 décembre 1952.

(86) Comité de rédaction, 10^e séance, 9 mai 1955.

inutilisable. Mais là encore, ces dispositions ne s'appliquent qu'en l'absence d'une disposition particulière du marché qui y dérogerait.

Le compromis qui est intervenu a donc consisté à laisser une grande liberté d'appréciation aux services ; il contraste, de ce point de vue, avec la tendance qui a prévalu dans l'ensemble du cahier de 1958 qui est généralement autoritaire. Il n'est pas impossible d'expliquer cette modération.

Il eut été vain de prétendre astreindre les services à respecter un cadre juridique d'une rigidité excessive dans une matière où la pratique administrative est essentielle. Les pénalités pour retard peuvent, en effet, être remises de façon plus ou moins libérale, à la discrétion du Ministre. Au surplus, les services jouissent d'une large liberté d'appréciation pour déterminer, lors de la négociation du marché, le délai contractuel, et par là même ont une action décisive sur le montant probable des pénalités.

Des limites ont cependant été posées, mais elles tendent à protéger le fournisseur. De même qu'en 1932, le montant maximum des pénalités qui peuvent être infligées pour retard dans la livraison des fournitures est de dix pour cent de la valeur pénalisable. En droit allemand, elle n'est que de huit pour cent, en droit belge, de cinq pour cent, aux Etats-Unis généralement de dix pour cent.

L'article 50, § 6 porte toutefois au cinquième la limite des pénalités qui peuvent être infligées lorsque le marché a été résilié aux torts du titulaire, selon l'article 59, et sans passation d'un marché par défaut. Cette sévérité accrue s'explique par le préjudice subi par l'Etat du fait de l'inexécution par le titulaire du marché de ses obligations contractuelles.

Il est à remarquer que les pénalités de retard courent automatiquement dès qu'expire le délai contractuel. Les pénalités encourues n'ont pas de limite ; seules sont limitées les pénalités infligées. Cette distinction présente une importance certaine lorsque le retard est considérable mais que le fournisseur possède des justifications partielles de ce retard.

Le Règlement Air 1714 B a maintenu en vigueur le système propre à l'Aéronautique fixant une pénalité par jour de retard, indépendamment de toute relation avec la durée contractuelle d'exécution. La pénalité est proportionnelle au retard, à l'intérieur de certaines limites. Les pénalités sont moins élevées que par le passé : 0,50 francs par jour, du 1^{er} au 40^e jour de retard et par 1.000 francs ; 1 franc par jour de retard à partir du 41^e

jour. Le maximum des pénalités appliquées passe toutefois de huit à dix pour cent par rapport au Règlement Air 1713.

LES EXONÉRATIONS DE PÉNALITÉS.

Il est hors de question d'appliquer sans beaucoup de nuances le barème ou la formule qui permettent de calculer les pénalités pour retard. Il faut tenir compte des considérations économiques internes, mais aussi de la pratique suivie à l'étranger. La possibilité offerte au Ministre de faire varier la charge financière qui pèse sur un fournisseur contraste avec la rigidité de la réglementation de la comptabilité publique. Inversement, ces pouvoirs sont difficiles à manier, encore qu'ils soient d'un usage courant, journalier, en raison justement de la marge d'appréciation discrétionnaire qu'ils comprennent. Périodiquement, la Cour des Comptes et le Ministère des Finances s'efforcent de limiter — ou de monopoliser — la liberté d'action, pourtant incontestable en droit, des Ministres.

Il existe toutefois certaines règles, mais aussi une pratique administrative qui mérite d'être connue. Les rédacteurs du cahier applicable aux marchés industriels se sont efforcés de codifier ces règles dans l'article 49 ; il conviendra de rechercher si les usages ont pu y être décrits.

L'article 49 dispose, en son paragraphe 1^{er} que « si une cause étrangère à la volonté du titulaire met obstacle à l'exécution du marché dans les délais contractuels, l'Administration peut, sur la demande du titulaire, et suivant le caractère des faits ou événements signalés, accorder un sursis de livraison ou une prolongation du délai d'exécution » (87).

L'effet de ces deux mesures n'est pas le même. Le sursis de livraison a pour seul effet d'exonérer le fournisseur des pénalités correspondant à une certaine partie du retard. L'exonération peut être totale ou partielle. Elle peut être refusée, lorsque notamment le fournisseur n'a pas fait ce qu'il était en son pouvoir de faire pour réduire le retard. Un sursis de livraison accordé peut être sans effet pratique : il en est ainsi quand le retard laissé à la

(87) On parle également « d'excuse de retard entraînant remise de pénalités » ou plus simplement « d'exonération de pénalités » lorsqu'un acte administratif unilatéral intervient lorsque le marché est soldé. Les effets seraient les mêmes que ceux du « sursis de livraison », concédé en cours d'exécution du marché, également par acte unilatéral.

Les « prolongations du délai contractuel d'exécution », qui interviennent en cours d'exécution du marché se font en principe par un acte additionnel.

charge du titulaire du marché est suffisant pour que les pénalités atteignent ou dépassent le maximum susceptible d'être appliqué.

La prolongation du délai contractuel d'exécution ne présente généralement d'intérêt que lorsque le marché est assorti d'une clause de révision de prix. Le prix payé au fournisseur est calculé au moyen des indices économiques publiés à l'expiration du nouveau délai. Dans l'hypothèse d'une dépréciation monétaire et d'une hausse des indices, le fournisseur en tire avantage, sauf toutefois si un blocage général ou particulier des prix s'y oppose. D'autre part, comme le sursis de livraison, la prolongation du délai d'exécution exonère le fournisseur, en totalité ou en partie, des pénalités pour retard.

Des principes ont été posées pour définir dans quels cas le fournisseur peut obtenir par l'un ou l'autre des procédés, une exonération de pénalités (88).

Les prolongations de délai ne sont accordées que dans le cas où le fait de l'Administration contractante ou des événements de force majeure rendent impossible l'exécution des fournitures ou des fabrications dans le délai contractuel. L'article 49, § 3, exige en outre qu'aucune faute ou négligence ne puisse être reprochée au fournisseur.

On a voulu définir de façon plus précise la force majeure ; une circonstance en présenterait les caractères lorsqu'elle est à la fois imprévue et imprévisible, étrangère à la volonté du requérant, et telle qu'elle rende impossible et non pas plus difficile ou plus onéreuse l'exécution de l'obligation dans le délai contractuel (89). Mais la force majeure semble devoir être, en l'espèce, interprétée de façon plus compréhensive. A titre d'exemple, on peut citer la circulaire n° 1591 CC/CBC du 9 novembre 1946 qui prévoyait la possibilité d'accorder une prolongation du délai contractuel au fournisseur n'ayant pu constituer ses approvisionnements, sous réserve qu'il apporte la preuve de sa propre diligence. Et pourtant, à l'époque où fut signée cette circulaire, les lenteurs d'approvisionnement n'étaient ni imprévues, ni imprévisibles.

L'article 49, § 3, subordonne l'octroi d'une prolongation de délai à la preuve du cas de force majeure ou du fait de l'Administration. Seul un sursis de livraison, sans effet sur le décompte de la révision de prix, peut être consenti lorsqu'un fait n'ayant pas le caractère de la force majeure a gêné considérablement l'exécution du marché.

(88) Sous-Commission des marchés industriels, 28^e séance, 21 juin 1951.

(89) Sous-Commission des marchés industriels, 29^e séance, 28 juin 1951.

De longues discussions ont précédé l'adoption de l'article 49. Le rapporteur estimait (90) qu'une prolongation du délai d'exécution pourrait être accordée dans les cas où les événements invoqués par le titulaire, sans avoir tous les caractères de la force majeure seraient cependant étrangers à la volonté du requérant et auraient été imprévisibles lors de la conclusion du contrat.

Il est incontestable, en effet, qu'il est excessif en matière industrielle d'exiger que l'exécution d'une obligation contractuelle soit devenue impossible, et non pas seulement plus onéreuse, pour décharger le fournisseur, en tout ou en partie, des conséquences de cette obligation.

Le rapporteur proposait donc d'accorder 90 % de l'exonération accordée en cas de force majeure. Ce pourcentage a été jugé arbitraire. La sous-commission a finalement décidé de marquer dans l'instruction en préparation que l'imprévision et l'imprévisibilité des événements invoqués par le titulaire sont relatives (91). On ne saurait mieux suggérer que la force majeure l'est aussi.

Le texte adopté en 1952 était très atténué : ...dans le cas « où les événements invoqués par le titulaire, sans avoir tous les caractères de la force majeure, sont cependant étrangers à la volonté du requérant et étaient imprévisibles pour les cocontractants lors de la conclusion du contrat, une prolongation de délai... peut être accordée » (92). Ce texte n'a pas été retenu et l'article 49, § 3 du cahier industriel du 7 mai 1958 marque un retour en arrière.

Le Patronat désirait un assouplissement de ces règles. Il demandait qu'en aucun cas, la preuve soit d'un fait de l'Administration, soit d'un événement de force majeure ne fut exigée. La prolongation du délai d'exécution eût été accordée de droit en l'absence de faute ou de négligence du titulaire. La Commission mixte des marchés de la Défense nationale n'a pu aller si loin et a maintenu son texte (93).

LE PROBLÈME DES PÉNALITÉS POUR RETARD.

Le cahier industriel n'innove pas dans son article 49 qui reprend intégralement l'ancien article 46 du cahier des clauses

(90) Sous-Commission des marchés industriels, 30^e séance, 5 juillet 1951.

(91) Sous-Commission des marchés industriels, 30^e séance, 5 juillet 1951.

(92) Projet d'article 49, joint au P.V. de la 11^e séance du Comité de Rédaction, 13 juin 1952.

(93) Commission mixte des marchés de la Défense nationale, 26^e séance, 14 juin 1956.

et conditions générales du 21 novembre 1932, dans la rédaction résultant de l'arrêté du 10 mai 1950. Le classicisme l'a donc emporté. Cette attitude se comprend : le droit français, comme les droits allemands, anglais ou américain, estime que les délais sont un élément essentiel du contrat. Le retard doit donc être sanctionné, à la fois parce qu'il constitue un manquement aux obligations contractuelles et un danger pour la continuité même du service public. Mais cependant, en matière de pénalités pour retard, le droit écrit n'est plus en accord avec les faits.

Il existe un problème aigu des pénalités pour retard, dont la légitimité est contestée dans son principe.

Les industriels critiquent la notion même de retard. Dès lors que les marchés sont assortis d'un barème de pénalités, les Administrations devraient discuter de bonne foi les délais contractuels d'exécution. Or bien souvent, le délai est imposé *a priori*, il est accepté par le fournisseur qui pêche par optimisme ou qui sait pertinemement qu'il ne pourra le respecter, mais qui signe la clause relative aux délais pour se voir attribuer la commande. Les fournisseurs, en pareil cas, se considèrent difficilement comme liés par des délais qui ne sont pas réalistes.

Les industriels font valoir que souvent les retards proviennent d'autres services de l'Etat. Cette position doit être bien comprise. Il ne s'agit pas là d'un fait de l'Administration, susceptible de justifier — fût-ce devant la juridiction administrative — une prolongation du délai d'exécution selon l'article 49, § 3. Il convient de considérer la concurrence de fait qui existe vis-à-vis de certains industriels entre les services publics. Lorsque le Commissariat à l'Energie Atomique a commencé ses travaux, il s'est adressé à des fournisseurs qualifiés, travaillant déjà pour la Défense nationale. Par la force des choses, les industriels qui se sont lancés dans les fabrications nouvelles d'un secteur économique en création, celui de l'industrie atomique, ont dû résoudre des difficultés imprévues, imprévisibles, qui n'ont pas été sans répercussion sur les délais d'exécution des marchés de la Défense nationale. Les industriels voudraient qu'en pareil cas une prolongation des délais d'exécution fût accordée. Les procédures actuelles ne le permettent pas.

Ils soutiennent enfin que les pénalités pour retard sont inefficaces et deviennent injustes en période de blocage des prix. Dans les relations commerciales, les industriels n'usent qu'exceptionnellement de clauses pénales pour lutter contre les retards de livraison et pensent obtenir de meilleurs résultats en ne traitant

qu'avec des fournisseurs jugés sérieux après des commandes d'essai. En période de blocage des prix, l'Etat se refuse à appliquer les clauses de révision de prix prévues au contrat ; on comprend mal, dans ces conditions qu'il prétende faire jouer les clauses de coercition. De nombreux industriels, en 1956, se sont refusés à signer des marchés assortis de délais, se réservant de livrer le plus vite possible, en facturant au cours du jour de la livraison.

Les Administrations ne sont pas loin de partager certaines de ces vues.

Les services de la Direction technique et industrielle de l'Aéronautique, au lieu d'appliquer les pénalités progressives prévues dans les Règlements Air s'efforcent dans la mesure du possible d'accepter, sous dérogation et avec une réfaction de prix, les pièces qui n'ont pu être usinées de façon satisfaisante, au lieu de les rebuter, ce qui créerait un retard de livraison.

D'un point de vue plus général, les services admettent que le risque représenté par des pénalités de retard a fatalement été incorporé dans les prix, et la simple présence de l'article 50 est un facteur de hausse. Les pénalités pour retard amputent le bénéfice éventuel d'une façon énorme, même une fois accordées des exonérations qui sont rarement totales. Et un personnel important et de rang élevé s'occupe de la préparation des demandes de remises gracieuses, ce qui contribue à gonfler les frais généraux des entreprises.

Pour définir une doctrine des pénalités pour retard, et pour être à même de définir ultérieurement une politique administrative des exonérations de pénalités, il est nécessaire de se pencher sur la question de savoir quelle est la nature juridique des pénalités pour retard.

Dans ses observations du 5 janvier 1954, le Conseil National du Patronat Français écrivait que « les pénalités sont détournées de leur véritable objet qui est d'inciter le fournisseur à éviter les retards, et non pas de compenser pécuniairement un dommage ». Cette remarque contient deux idées distinctes : d'une part, il faut limiter le montant des pénalités sans prétendre leur faire égaler les dommages éventuels ; à l'inverse, les pénalités sont dues au seul fait du retard, sans qu'il soit besoin de prouver l'existence d'un dommage.

L'analyse classique des pénalités pour retard voit dans ces pénalités « des dommages-intérêts fixés à forfait pour le cas de

« retard dans l'exécution d'une obligation contractuelle » (94) et satisfait ainsi aux deux conditions posées par le CNPF.

Mais l'analyse classique cadre difficilement avec les dispositions de l'article 59, § 5 qui décide que, dans la liquidation d'un marché résilié aux torts du fournisseur, les pénalités pour retard peuvent, après avoir été portées au cinquième du montant du marché, coexister avec des dommages-intérêts fixés par voie administrative. Cet article suppose en premier lieu que les pénalités ne soient destinées à sanctionner que le retard, mais non l'inexécution définitive qui succède au retard. Il suppose en outre qu'il n'y ait pas double emploi entre les pénalités et les dommages-intérêts évalués par décision administrative. Cette condition ne serait pas remplie si les pénalités pour retard étaient simplement une clause pénale, et si aucune limite n'était posée au calcul des dommages-intérêts par l'Administration.

Il semble par conséquent que les pénalités pour retard soient bien des dommages-intérêts forfaitaires, mais le forfait défini implicitement par l'article 59, § 5, ne couvre qu'une partie du préjudice ; évaluant directement les dommages-intérêts pour inexécution, l'Administration ne devra prendre en considération que les éléments directs identifiables (95), alors que les pénalités forfaitaires représentent seulement les éléments diffus du préjudice subi par l'Etat du fait de l'inexécution. Cette distinction paraît être respectée en pratique, l'Administration étant particulièrement réservée dans l'application qu'elle fait de ces dispositions de l'article 59. Cette distinction pourrait inspirer le juge du contrat dans le contrôle qu'il est susceptible d'opérer sur l'évaluation administrative du préjudice.

Dans un marché qui, toutefois, ne ferait pas référence à un barème de pénalités, c'est l'ensemble du préjudice qui serait susceptible d'être évalué administrativement.

Les pénalités pour retard, qu'elles soient ou non forfaitaires, apparaissent ainsi comme une forme de dommages et intérêts compensatoires. On peut trouver, dans le droit étranger, des institutions analogues qui présentent des caractères communs :

« Les pénalités pour retard ne sont jamais stipulées aux » Etats-Unis dans les marchés publics ou privés que lorsqu'il est

(94) JÈZE, Contrats, 1^{re} partie, page 296.

(95) Nous pourrions citer comme élément direct l'amortissement de la coque d'un sous-marin pendant le temps où l'achèvement du bâtiment a été retardé. Par contre, le trouble apporté dans la gestion des services par ce retard ne saurait être compensé que par les pénalités forfaitaires.

« possible de montrer, en cas de contestation en justice, que le « client a subi un préjudice chiffrable du fait du retard de livraison. Ceci résulte de la jurisprudence des tribunaux (96) ». Le droit allemand au contraire, plus proche du droit administratif français, n'exige la preuve d'un dommage matériel que lorsque l'Administration entend infliger au fournisseur, outre des pénalités pour retard, des dommages et intérêts. En droit belge, de même, les amendes forfaitaires ou retenues pour retard prévues par l'article 66 B du Cahier général des Charges du 5 octobre 1955 sont encourues du seul fait du retard. L'Administration est dispensée de faire la preuve du dommage subi.

S'il existe un détournement de l'institution, ce n'est pas sur le plan de la justification du bien-fondé des pénalités qu'il paraît se situer mais au niveau des pouvoirs de l'Administration contractante. Le Ministère des Finances voit dans les pénalités pour retard une créance de l'Etat ; il dénie aux Ministres le droit d'y renoncer en accordant une remise de pénalités.

Cette position est ancienne, elle a été signalée par la doctrine (97). Jamais jusqu'alors les Ministres ne l'avaient admise. Il faut noter que récemment certains services ont accepté de soumettre les décisions d'exonération des pénalités au visa du Contrôleur financier.

Dans ses articles 49 et 50, le Cahier des clauses administratives générales du 7 mai 1958 est resté classique. Sans innover autrement que par l'option qu'il ouvre entre un barème identique à celui du Cahier du 21 novembre 1932, une formule tenant compte du retard mais également du délai contractuel, ou une clause particulière créant un système de pénalités adapté aux conditions de contrat, il n'a pas réussi à rénover la matière des pénalités pour retard. Il n'y a pas lieu de s'en étonner : sous le régime antérieur, les services étaient déjà autorisés à déroger par une clause particulière du marché aux dispositions du cahier du 21 novembre 1932. L'innovation contenue par l'article 50 du Cahier industriel est donc essentiellement de forme.

Or, le besoin se fait sentir aujourd'hui de principes nouveaux en ce qui concerne les pénalités pour retard fortement critiquées. Le cahier industriel est resté classique sur ce point. Nous aurons

(96) Mission d'étude des marchés publics. Etats-Unis novembre 1956. Rapport du 31 janvier 1956. Annexe VIII.

(97) JÈZE, Contrats, I^{re} partie, pages 298 et 299, montre qu'il existe une différence sur ce point entre la jurisprudence du Conseil d'Etat et celle de la Cour des Comptes.

à rechercher ultérieurement si ce caractère ne traduit pas une lacune de ce cahier dont les dispositions ne sont peut-être pas adaptées aux problèmes qu'il entend régler (98).

L'article 50 est cependant fondamental dans l'économie du cahier industriel : les pénalités pour retard représentent le plus maniable des moyens de coercition dont dispose l'Administration contractante.

b) *La résiliation aux torts du titulaire.*

La résiliation du marché aux torts du fournisseur apparaît comme la sanction suprême des fautes contractuelles. Deux tendances s'affrontent perpétuellement. L'une, restrictive, fait remarquer que la résiliation prive l'Administration du matériel dont elle a besoin. L'autre, à l'inverse, voit dans la résiliation aux torts une possibilité laissée à l'Administration qui en usera à bon escient ; cette faculté doit être générale dès lors qu'une faute contractuelle d'une certaine gravité peut être prouvée.

Les textes successifs portent l'empreinte de l'alternance de l'une et de l'autre de ces tendances, sans du reste que la pratique en soit réellement modifiée.

Ce n'est qu'après discussion que l'article 59 du Cahier du 19 janvier 1955 a admis qu'un marché puisse être résilié aux torts du titulaire qui se refuserait à respecter les obligations comptables inscrites au marché (99). Certains estimaient qu'il n'était nullement besoin de cette arme, l'Administration disposant déjà des sanctions pénales du décret-loi de 1939. Dans les cas où les textes sur le contrôle des fabrications de matériel de guerre ne pourraient être appliqués au marché, la résiliation n'en resterait pas moins une sanction lourde et inefficace, l'Administration n'obtenant pas la fourniture désirée. Ces objections n'ont cependant pas prévalu en 1955.

Dans le cahier du 7 mai 1958, l'article 34, « obligations comptables », ne figure pas dans les articles cités au § 2, 3° de l'article 59 qui énumère certains cas de résiliation aux torts.

Mais cet article 34 a été rétabli dans le texte correspondant du Règlement Air 1714-B. Et il doit l'être dans le texte du Cahier industriel (100).

(98) *Infra*, chapitre V, I, B, 2°.

(99) Sous-Commission des marchés industriels, 2^e séance, 24 février 1950.

(100) En ce sens, le projet de modificatif joint au procès-verbal de la 36^e séance, du 12 janvier 1960, de la Commission d'étude des marchés.

Cette possibilité de principe n'est appelée à jouer que dans des cas tout à fait exceptionnels, mais il est nécessaire qu'elle existe pour que l'Administration ne soit pas désarmée dans les cas les plus critiques (101).

Au surplus, comme selon l'article 62, § 1^{er}, la résiliation peut être prononcée aux torts du fournisseur qui n'a pas exécuté ses obligations dans le délai contractuel. La résiliation est donc restée une sanction de droit commun des obligations découlant du marché industriel.

Mais le souci des cahiers de 1955 et 1958 a été de rendre plus efficace cette sanction, sur deux plans : en créant un nouveau cas de résiliation, puis en définissant les conséquences juridiques et financières de la résiliation. Ce dernier point sera traité au chapitre suivant, afin de rapprocher le décompte de résiliation du problème de la production en cas de faillite ou de règlement judiciaire du titulaire du marché : il y a là un apport particulièrement intéressant du cahier industriel.

Un nouveau cas de résiliation aux torts du fournisseur a été introduit dans le cahier industriel, à l'instar de la réglementation américaine (102).

Les clauses standard des marchés aux Etats-Unis autorisent l'Administration à résilier le marché, lorsque le fournisseur a pris un retard tel que la livraison dans les délais contractuels est manifestement compromis. Le pouvoir de l'Administration est très large : « La réglementation américaine prévoit des clauses « de défaillance ... permettant à l'Administration de rompre le « contrat sur le simple soupçon que les choses se déroulent de « façon telle que le contrat ne pourra être convenablement exécuté » (103).

L'intérêt d'une disposition de cette nature est de permettre de résilier le marché avant que le fournisseur n'ait contrevenu à la lettre d'une clause du marché, c'est-à-dire très tôt et avant que l'Etat n'ait subi un préjudice important. Les délais stipulés dans les marchés sont généralement des délais de livraison, parfois des délais d'approvisionnement. Mais il est rare que le planning de fabrication soit rendu contractuel. Du reste, ce système retirerait au fournisseur une large part de sa liberté et de sa

(101) Le rapport du Sénateur PELLENC, octobre 1957, précité, donne une idée de ces cas critiques, du reste exceptionnels.

(102) Sous-Commission des marchés industriels, 51^e séance, 3 décembre 1952 et Comité de Rédaction, 18^e séance, du 29 octobre 1952.

(103) Commission mixte des marchés, 12^e séance, 25 avril 1951.

responsabilité ; au surplus, l'Administration ne disposerait pas d'un personnel suffisant pour l'appliquer.

Si le fournisseur prend un retard tel qu'il apparaît manifestement incapable de tenir les délais fixés par le contrat, l'Administration ne doit pas être désarmée jusqu'à ce que le retard soit effectif. C'est pourquoi l'article 59, § 1^{er}, prévoit que :

« Le marché peut être résilié par le Ministre après mise en demeure, aux torts du titulaire, lorsque (celui-ci)... a pris un tel retard dans les opérations de préparation ou d'exécution du marché que la livraison dans les délais contractuels est manifestement compromise ».

La résiliation du marché, aux torts du titulaire peut ainsi sanctionner le manquement à une clause contractuelle écrite ; il peut aussi, et c'est une nouveauté, sanctionner la violation de l'esprit du contrat. On peut rapprocher cette clause de la règle contenue dans l'article 1134 du Code civil qui veut que les obligations soient exécutées de bonne foi.

2° *La création de nouveaux moyens de coercition.*

LES SUSPENSIONS DE PAIEMENT.

L'Administration a pratiqué de longue date les retenues sur les paiements pour contraindre le fournisseur à l'exécution de ses obligations. C'est le cas notamment des retenues de garantie. Mais les retenues, généralement effectuées sous la forme d'une suspension des paiements, ont pris un aspect nouveau dans le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés industriels.

L'article 34 du cahier industriel déclare, en son § 5, que : « Faute par le titulaire de remplir (ses obligations comptables) les paiements à intervenir au titre du marché peuvent être suspendus dans la limite du dixième du montant du marché, par décision ministérielle, après mise en demeure et préavis de huit jours ». L'article 34 du Règlement Air 1714 B prévoit en outre la possibilité de transformer les retenues en pénalités définitives. Cette retenue s'ajoute, le cas échéant, aux pénalités pour retard ; c'est donc un total de vingt pour cent (de trente pour cent si les pénalités de retard sont portées au cinquième) qui peut être retenu à titre définitif.

L'article 21 du cahier industriel autorise une retenue sur les paiements pour garantir la restitution ou le remboursement

abusif. Le texte du 7 mai 1958 aggrave celui du 7 mars 1955 : il est fait une obligation de fixer dans le marché les pénalités applicables. Surtout le § 4 nouveau prévoit qu'en cas de litige, l'ensemble des paiements est suspendu, alors que le texte de 1955 prévoyait une retenue de 5 %, sauf en cas de « manquement grave ». Toutefois, dans tous les cas, les retenues peuvent être remplacées par un cautionnement ou une caution solidaire.

L'article 91, relatif au droit de reproduction d'un matériel prototype dispose que « le marché précise les sanctions applicables sous forme notamment de suspension de paiement au titre du marché ou de tous autres marchés passés avec le titulaire au cas où, après mise en demeure, ce dernier n'aurait pas fait cesser le trouble dans le délai imparti ».

Ces suspensions de paiement ont été très critiquées, notamment par les services de la Marine :

« La sanction par suspension des paiements est anti-juridique pour les raisons suivantes :

« 1° Elle est inégale : supposons deux entreprises concurrentes en infraction ; à l'une, l'Etat doit déjà cent millions, car le dernier terme remonte à plusieurs mois ; à l'autre, l'Etat n'en doit que cinq. Si la première a atteint son plafond d'escompte, elle est étranglée, la seconde s'en moque...

«

« 3° Elle porte une atteinte grave au crédit de l'entreprise qui en serait victime.

« Les faits à pénaliser sont susceptibles de définition arbitraire. On risque donc que des fonctionnaires moins scrupuleux se servent de cette possibilité pour pénaliser indûment certains industriels »... (104). Une pénalité, avec un plafond délimitant le maximum applicable, paraissait préférable.

Ces retenues s'analysent en une clause pénale. Même si elle doit finalement être levée, la retenue grève la trésorerie de l'entreprise et le simple retard mis à payer se traduit finalement par une perte définitive. Mais cette perte dépend, comme il a été montré, de faits sans rapport avec la faute elle-même. La clause pénale est ainsi indéterminée et pourrait être prohibée si elle ne traduisait pas, en droit administratif, l'exception *non adimpleti contractus*. Au surplus, les arguments pratiques évoqués précé-

(104) Note du 14 juin 1954, de l'Ingénieur général, chef du service central des Marchés de la Direction centrale des Constructions et Armes navales.

demment permettent de préférer à ces retenues d'autres sanctions, plus efficaces, et faisant courir moins de risques aux services qui en useraient.

Toutefois, la retenue de coercition doit être prohibée de la façon la plus nette lorsqu'elle prétend s'exercer, sous la forme d'une retenue provisoire ou définitive, sur l'un quelconque des marchés passés avec le fournisseur et non pas nécessairement sur le marché dans l'exécution duquel une faute a été commise. Il n'existe plus alors de justification à une telle mesure.

Du reste, l'article 91 doit être incessamment modifié sur ce point, qui n'a sans doute jamais été appliqué. Le cahier industriel de 1958 s'alignerait ainsi sur l'article 91 du Règlement Air 1714 B qui ne permettait pas une telle suspension des paiements.

L'Administration possède d'autre moyens pour recouvrer les sommes qui lui sont dues. Si une dette du fournisseur peut être établie, il appartient au Ministre d'émettre, selon le cas, un titre de perception, un état exécutoire ou un arrêté de débet. La compensation entre les dettes relatives au marché, les pénalités par exemple, et les paiements provenant du même marché est exceptionnellement autorisée et les services liquidateurs précomptent sur les sommes à payer les sommes à recouvrer.

Ces moyens normaux qui sont à la disposition de l'Administration en dehors de toute clause contractuelle rendent inutile le recours à des moyens de coercition excessifs.

3° Le déclin de certaines sanctions classiques.

a) Les achats aux frais et risques.

L'exécution des fournitures aux frais et risques du titulaire du marché complète la résiliation en assurant à l'Administration le matériel ou le service dont elle a besoin. Mais en pratique, cette procédure se heurte à des difficultés considérables.

L'utilité de l'achat aux frais et risques est contestée. Ou bien l'entreprise est solvable, et il est préférable de continuer avec elle l'exécution du marché plutôt que de connaître avec un autre fournisseur les difficultés inhérentes au lancement d'une fabrication nouvelle. Ou bien l'entreprise a déposé son bilan, et l'achat aux frais et risques se traduit par une créance dont le recouvrement sera aléatoire. D'autre part, le fournisseur initial ne manquerait pas de contester la qualité du matériel acheté à ses frais, en affirmant qu'il n'est pas équivalent à celui qui devait être livré.

Le blocage des prix, lorsqu'il existe, apporte une difficulté supplémentaire. Le prix licite est parfois déterminé, entreprise par entreprise, en déterminant les prix de vente pratiqués à une époque de référence. Le prix licite chez le fournisseur de remplacement peut être supérieur au prix licite considéré chez le fournisseur défaillant. Celui-ci considère comme une injustice le fait de mettre à sa charge une dépense qui résulte de prix qui ne lui ont pas été consentis. Cette solution est dans la logique du blocage des prix, mais est inacceptable de toute évidence.

C'est pourquoi le Cahier industriel a repris sans réellement la moderniser l'institution prévue par l'article 35, 7° du décret n° 56-256 du 13 mars 1956 en des termes presque identiques à ceux de l'article 22, 6° du décret n° 1082 du 6 avril 1942.

Certes, l'article 60 traduit une tendance moderne lorsqu'il précise plus clairement que ne le faisait le texte du 21 novembre 1932 que le titulaire du marché initial ne peut s'opposer à l'utilisation par l'Etat ou par un fournisseur de celui-ci des brevets lui appartenant. Une sorte de réquisition de brevets est ainsi prévue, à l'instar des dispositions des articles 18 à 23 du Traité instituant la Communauté Européenne de l'Energie Atomique. Mais, d'une part, le Cahier industriel ne permet pas de contraindre le fournisseur à fournir l'aide technique indispensable à l'utilisation pratique du brevet. D'autre part, les dispositions du cahier n'ont de valeur que contractuelle.

Dans la mesure où le cahier industriel vise les brevets dont le fournisseur défaillant n'aurait que la licence, il y a là une mesure contraire au droit de la propriété industrielle. Il faudrait un texte de valeur législative pour avoir cette portée. Le tiers utilisateur pourrait être poursuivi en contrefaçon, et l'alinéa selon lequel : « le titulaire défaillant supporte toutes les conséquences des recours éventuellement introduit par des tiers » ne résoud en aucune façon les divers problèmes posés.

Le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés industriels n'a pas cherché à innover, à renouveler la matière des achats aux frais et risques, en raison du caractère théorique d'une institution qui n'est utilisée que rarement. Un point aurait dû être tranché, celui de savoir s'il était possible de passer un achat aux frais et risques d'une entreprise en état de faillite ou de règlement judiciaire. Ce point controversé sera étudié ultérieurement, lorsque sera examiné le problème des productions de créances.

Il eût été possible de renouveler l'institution des achats aux frais et risques, en s'inspirant des usages anglais qui permettent de passer des achats partiels. Sur ce point, le cahier de 1958 est en recul sur le cahier de 1932.

L'article 63, § 1^{er} du Cahier du 21 novembre 1932 prévoyait l'achat aux frais et risques du fournisseur soit en cas d'inexécution par le fait de ce dernier d'une fourniture urgente, soit après résiliation du marché. L'article 60 du cahier industriel fait de la résiliation une condition de l'achat aux frais et risques. Privée de toute souplesse, l'institution devient très difficile à mettre en œuvre.

Le droit anglais (105) permet à l'Administration de donner un ordre, et d'en poursuivre le cas échéant l'exécution aux frais du titulaire défaillant. L'ordre de service permet de délimiter exactement l'étendue de la prestation demandée, et cette souplesse est la condition même de l'efficacité. L'article 12 du cahier industriel de 1955 parlait « d'ordres de service ». Il ne permettait pas d'en poursuivre l'exécution aux frais et risques du titulaire du marché.

b) *La garantie générale d'exécution.*

L'Administration jouit d'une certaine liberté d'appréciation en ce qui concerne la garantie générale d'exécution demandée au titulaire.

L'article 20 du Cahier dispensait en principe ce dernier de toute retenue de garantie sur acompte et de tout cautionnement définitif, sauf clause contraire au marché. « S'agissant des marchés industriels que le nouveau cahier des charges administratives a essentiellement en vue, le titulaire ne doit être choisi qu'après enquête préalable sur son aptitude professionnelle à l'exécution du marché est sur sa situation financière. Etant donné l'importance des marchés de l'espèce, les garanties résultant d'un choix fait dans de telles conditions sont en général très supérieures à celles que peut assurer la réalisation d'un cautionnement » (106).

La règle posée par l'article 20, pour la constitution du cautionnement définitif, a été inversée dans la rédaction du 7 mai 1958. Alors que tout marché se référant au cahier industriel était auto-

(105) General conditions of government contracts for building and civil engineering works, July 1952. Form CCG/WKS/I. Ed. 7.

(106) Comité de rédaction, 36^e séance, 6 mai 1953, projet de commentaire de l'art. 20.

matiquement dispensé du cautionnement définitif, il est nécessaire dorénavant qu'une clause du marché accorde expressément cette dispense au fournisseur.

Il n'y a, à ce changement, aucune raison de fond. Les services ont seulement fait valoir que faute d'une clause expresse du contrat, les comptables du Trésor ne manqueraient pas de rejeter les ordonnances de paiement émises sans que le titulaire du marché ait constitué le cautionnement dont il n'eût été dispensé que de par les conditions générales. (107).

Il a fallu combiner le texte des conditions administratives générales, le décret n° 59-167 du 7 janvier 1959 et l'instruction du 9 mars 1959, avec les nécessités propres à chaque service, qui découlent, par exemple, du délai de production des matériels commandés.

C'est ainsi qu'en matière de constructions navales, l'on en est venu à un système pouvant comprendre trois cautionnements.

Le cautionnement de l'avance forfaitaire de 5 % est en principe obligatoire ; le fournisseur peut en être dispensé, en vertu de l'article 42 du décret n° 53-405 du 11 mai 1952, pour les marchés de gré à gré, et après avis de la commission consultative ; les dispenses générales de cautionnement s'appliquent de plein droit au cas de l'avance forfaitaire.

Aucun cautionnement correspondant au « délai de garantie », au sens de l'article 13 du décret n° 59-167 du 7 janvier 1959, et appelé par la Marine cautionnement de bonne fin n'est en général exigé : « Le délai s'écoulant entre la réception provisoire des « fournitures en usine et leur réception définitive étant beaucoup « plus court que celui (de six à douze mois) prévu au paragraphe « II B, 2° de l'Instruction du 13 mars 1959 sur le décret n°59-167 « du 7 janvier 1959, l'article 13 dudit décret est considéré comme « non applicable au présent contrat » (108).

Un cautionnement de garantie technique est exigé lorsque le marché comporte un délai de garantie, pendant lequel le fournisseur s'engage seulement, au delà de la réception définitive, à remplacer ou à réparer gratuitement les pièces défectueuses (109), *a fortiori*, lorsque le fournisseur prend à sa charge, en vertu d'une disposition expresse du contrat, la réparation des défauts systé-

(107) Comité de rédaction, 57°/58° séance, 18 et 22 janvier 1954.

(108) Article 9-2 du marché-type du service central des marchés de la Direction centrale des Constructions et Armes navales.

(109) Circulaire n° 998 M/CMa 4 du 30 juin 1959. B.O. 1959, page 1.983.

matiques ou des vices de conception caractérisés. Mais ce cautionnement n'est pas une obligation pour l'Administration.

Par contre, lorsque le marché prévoit pour la fourniture un délai d'épreuve et d'expérimentation après livraison et mise en service, la réception définitive n'intervenant qu'à l'expiration de ce délai, le cautionnement est obligatoire (110).

Ce cas se rencontre rarement dans les marchés de fournitures industrielles où le transfert de propriété intervient au moment de la recette à destination, ainsi qu'il résulte des dispositions de l'article 51 du Cahier.

Mais il peut se rencontrer pour les marchés de bâtiments (111) pour lesquels la recette définitive n'est prononcée qu'après les essais à la mer poursuivis après livraison du navire au port d'armement.

La garantie générale d'exécution apparaît comme une formalité trop lourde pour l'intérêt qu'elle présente : « ...il est recommandé d'user largement de la faculté... ouverte et de ne pas « exiger de cautionnement lorsqu'une telle garantie apparaît « comme dépourvue d'utilité pratique, compte tenu de la qualité « de fournisseur et des assurances que donnent ses capacités « techniques et financières ». Ainsi s'exprime la circulaire du 30 juin 1959 relative à la réglementation générale des marchés industriels et des marchés de fournitures courantes (112). On ne saurait mieux dire que le cautionnement est illusoire lorsque l'Administration connaît ses fournisseurs qu'elle a librement choisis, ce qui est toujours le cas dans un marché industriel.

*
**

Le cahier industriel est conservateur ; comme tel, il dépasse parfois la mesure et peut être qualifié de lénin en certaines de ses dispositions.

Mais il n'en est pas moins original, en ce qu'il systématise et fait entrer dans le droit écrit une institution nouvelle, celle des marchés industriels qui prennent leur place à côté des catégories juridiques traditionnelles des marchés de fournitures et des marchés de travaux publics.

Quatre traits ont semblé caractéristiques de l'institution, mais deux idées apparaissent essentielles. L'entente directe semble

(110) Circulaire n° 998 M/CMa 4 du 30 juin 1959.

(111) C'est-à-dire, les navires de la flotte.

(112) Circulaire n° 998 M/CMa 4 du 30 juin 1959. *Bulletin officiel de la Marine*, 1959, page 1.983.

l'essence des marchés industriels, car les appels d'offres limités à des fournisseurs extrêmement peu nombreux et qui ne sont pas départagés sur le seul prix n'en diffèrent pas fondamentalement : l'article 28 du décret n° 56-256 du 13 mars 1956 permet de choisir librement l'offre jugée la plus intéressante en tenant compte notamment de la valeur technique de la fourniture proposée et des garanties professionnelles et financières présentées par les candidats.

Par ailleurs, il est extrêmement difficile de séparer la part du fournisseur et celle de l'Administration dans un marché industriel, en raison de la mise en tutelle du titulaire par le service ou la direction qui ont passé le marché. Le danger est que les spécifications techniques ne servent pas seulement à définir les buts à atteindre, mais aussi les moyens pour y parvenir. Un effort constant des services des marchés doit être de préciser ce qui est obligatoire et ce qui n'est donné qu'à titre indicatif et laissé à l'entière initiative du fournisseur.

CHAPITRE IV

Les apports du cahier industriel

La rédaction d'un nouveau cahier des clauses administratives générales est l'occasion de régler définitivement certaines questions en suspens. Les difficultés rencontrées dans le passé avec les textes anciens doivent disparaître, et c'est pourquoi plusieurs articles des cahiers de 1955 ou de 1958 se sont efforcés de trancher de vieilles controverses.

Mais l'intérêt présenté par le cahier industriel provient surtout de ce qu'il s'applique à des marchés qui constituent une catégorie juridique nouvelle, distincte des marchés de fournitures courantes comme des marchés de travaux publics. Il existe un fondement économique à cette distinction et une justification, à la fois économique et juridique, à cette classification récente des marchés : les entreprises intéressées par les « marchés industriels » ont leurs caractères propres, et l'Administration ne se borne pas, dans ces marchés, à acquérir un bien en le payant, elle doit tenir compte des difficultés concrètes de la production industrielle.

Les marchés industriels existaient avant d'être consacrés par la publication d'un cahier des clauses administratives générales qui leur fût particulier. C'est bien souvent la pratique des directions techniques des départements militaires qui a été systématisée et codifiée, parfois à contretemps, dans ce cahier. Mais des matières nouvelles ont également été introduites, soit qu'elles n'aient auparavant jamais figuré dans un cahier des clauses et conditions générales, soit qu'elles n'aient été prévues que par un nombre restreint de services dans des documents de diffusion limitée.

C'est en fonction de ces données de fait que peut être jugé le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés industriels des départements de la Défense nationale, en recherchant si les solutions nouvelles ont ou non dépassé le simple souci de mettre fin à des difficultés secondaires et si elles ont réellement eu leur origine et leur justification dans une nécessité économique ou industrielle.

I — Les problèmes classiques.

Le cahier industriel apporte une solution à certains problèmes controversés, les uns mineurs, les autres plus importants.

A. — LES IMPUTATIONS AFFÉRENTES AUX REBUTS SUR APPROVISIONNEMENTS APPARTENANT A L'ÉTAT.

L'article 55, § 3, décide que la responsabilité du titulaire est dégagée si la fourniture est rebutée en raison de la mauvaise qualité des matières fournies par l'Etat. L'article 55 met à cela quelques conditions de forme, le titulaire doit avoir présenté ses observations dans un délai de quinze jours à partir de la date à laquelle il a eu la possibilité de constater les défauts des approvisionnements.

Si le fournisseur ne prévient pas dans ce délai — dont le point de départ est d'ailleurs incertain — l'Administration de la mauvaise qualité des matières, il commet une faute, mais qui doit être appréciée « in concreto », compte tenu de ses possibilités industrielles, techniques et scientifiques : le cahier reprend ainsi la solution jurisprudentielle classique et fait réserve des vices cachés ou que le titulaire du marché ne saurait déceler avec les moyens dont il dispose.

Le commentaire de l'article 55 ajoute que « ces dispositions « répondent au souci d'éviter des sources de litiges entre le titulaire et l'Administration et de maintenir l'équilibre entre les « obligations réciproques des parties ».

Cette nouveauté du cahier industriel s'explique par les circonstances économiques d'un passé proche, où, en raison de la pénurie de toute chose, l'Etat était amené à distribuer des matières premières rares, et à importer des machines-outils difficiles à

se procurer. Mais les circonstances présentes de la vie économique obligent de plus en plus fréquemment l'Etat à confier ainsi au titulaire des biens qui représentent une valeur importante.

**B. — LE MATÉRIEL CONFIE AU TITULAIRE
ET LE FINANCEMENT DES INVESTISSEMENTS.**

L'article 21 du cahier industriel de 1958 prévoit qu'en vue de l'exécution du marché, l'Administration peut remettre au titulaire des machines-outils, outillages ou modèles nécessaires à la fabrication ; des matériels à réparer, à modifier, à transformer ou destinés à des études ou à des essais ; des approvisionnements, c'est-à-dire des produits finis ou semi-finis, des matières premières, des vieilles matières ou déchets.

Cette énumération ne rassemble ces éléments hétérogènes que pour étudier comment seront sauvegardés les droits et les intérêts de l'Etat, mais en réalité, c'est tout le problème des investissements au sein des entreprises travaillant pour les besoins de la Défense nationale qui est posé.

Depuis la fin de la guerre, les Administrations militaires ont tenté de définir les bases d'une politique générale d'investissement (1). L'évolution technique et industrielle a conduit à une spécialisation très poussée des équipements afin d'augmenter la productivité des investissements. En contrepartie, ceux-ci ne sont aptes à fabriquer que le matériel pour lequel ils ont été conçus. Il est donc nécessaire qu'un équipement spécial soit créé.

Si la fabrication ne doit pas être confiée aux établissements de l'Etat — et le choix relève de la politique générale du gouvernement — ni dans l'immédiat, ni dans l'hypothèse d'un conflit, plusieurs procédés peuvent être utilisés pour mettre cet outillage spécial à la disposition de l'industriel. Ou bien l'industriel acquiert l'outillage à ses frais, et inclut l'amortissement dans ses devis. Mais en ce cas, ou bien l'amortissement peut s'effectuer sur une dizaine d'années et le prix du matériel commandé reste raisonnable, ou l'amortissement ne s'effectue que sur un ou deux ans, et le prix des fabrications devient excessif ; or il est impossible pratiquement à l'Etat de se lier pour une dizaine d'années — voire même pour cinq ans — en raison du volume des autorisations de programme qui seraient nécessaires, et aussi, en raison

(1) Lettre n° 1.160 S.E.P. du 12 juin 1953, du Ministre de la Défense nationale au Ministre du Budget.

du progrès technique qui interdit des engagements précis sur une durée aussi longue.

Force est donc, dans ces conditions, d'envisager l'acquisition par l'Etat des machines-outils lorsqu'un investissement est reconnu nécessaire pour des raisons militaires et dépasse les possibilités financières du fournisseur. Deux solutions ont été envisagées. L'une, imitée des méthodes américaines, a été utilisée dans le cas de certains contrats « Off-Shore » : elle consiste à remettre gratuitement au fournisseur l'équipement spécial acheté par l'Etat. L'autre solution est une location ou une location-vente de ce matériel. Les clauses d'un contrat-type établi en octobre 1946 en précisent les conditions essentielles : la convention doit être approuvée par le Service des Domaines ; les loyers sont perçus par les comptables des Domaines ; le matériel reste propriété de l'Etat et des plaques le mentionnant sont apposées sur les machines elles-mêmes pour en assurer la publicité ; le matériel est sous la surveillance constante de l'Administration ; enfin, des pénalités (un millième de la valeur du matériel, et par jour de retard) sont prévues pour assurer la restitution, et un cautionnement de garantie, représentant le dixième de la valeur des machines-outils confiées est exigé, sauf à le remplacer par l'engagement d'une caution personnelle et solidaire.

L'article 21 du Cahier du 7 mai 1958 ne diffère pas fondamentalement des principes tirés du marché-type analysé ci-dessus. Il est toutefois muet sur le rôle dévolu en la matière au Service des Domaines et cette lacune peut inciter les Administrations contractantes à négliger de prendre l'accord de ce service. Il y a là, une source de difficultés qu'il eût été possible de supprimer.

L'article 21 oblige, en son paragraphe 4, l'Administration à prévoir les pénalités applicables en cas de non-restitution du matériel confié au titulaire. Mais le § 3 ne fait plus une obligation de constituer un cautionnement. Le contrat peut seulement prévoir expressément qu'une telle garantie est exigée, dans le cas où il n'existe pas entre l'Administration et le fournisseur des rapports suffisamment permanents pour rendre inutile la constitution d'un cautionnement (2).

De même, si l'article 23 prévoit que l'industriel devra nécessairement assurer contre l'incendie et la foudre le matériel qui lui est remis, le même article précise que l'Administration peut, par une clause expresse du marché, dispenser le titulaire du marché de cette formalité. Au cours des discussions, il a été indiqué

(2) Comité de rédaction, 26^e séance, 11 février 1953.

qu'une dispense pourrait être accordée notamment lorsque le coût des primes serait hors de proportion avec le coût des travaux effectués sur le matériel confié au titulaire (3), il s'agit en l'espèce moins de machines-outils louées au fournisseur que de matériel confié en vue d'une réparation ou d'une transformation.

Justifiées à la fois par la nécessité de produire en série importante du matériel et par le souci d'éviter à l'Etat de payer un prix excessif les fournitures commandées tant que la production en masse n'est pas lancée, la remise d'équipement à des industriels ne revêt pas la même importance dans les trois départements militaires. Il semble que le cas soit fréquent à l'Air et se rencontre à la Guerre. Dans la Marine, par la force des choses, les séries sont plus courtes aussi bien celles qui sont effectivement commandées que celles qui pourraient l'être, et il est rare que des machines-outils soient ainsi louées à l'industrie privée, encore que le cas se soit rencontré. Il semble plus économique d'accorder dans les cas exceptionnels où cela se justifie particulièrement, une participation à l'effort d'outillage du fournisseur. Le fait que l'Etat ne paie qu'une part des dépenses d'équipement permet de ramener l'amortissement à un niveau raisonnable, compte tenu de l'utilisation des machines pour les commandes passées par les autres clients.

A l'étranger également, le problème de la participation de l'Etat à l'effort d'investissement de ses fournisseurs s'est posé. Il semble qu'aux Etats-Unis, l'Etat fédéral ait employé en temps de guerre des moyens divers : avances d'une très large ampleur, combinées avec un amortissement accéléré des outillages et investissements spéciaux. Dans certains cas (4), il remettrait gratuitement des machines-outils

L'Etat fédéral allemand participe lui aussi à l'effort d'investissement exigé pour satisfaire aux commandes militaires. Si les sociétés anciennes et bien établies se contentent d'avances très inférieures en réalité à leurs frais d'installation, d'autres sociétés qu'il importe de ne pas éliminer de la concurrence peuvent avoir besoin d'une aide financière considérable et immédiate. Aussi les sociétés qui installent une chaîne de montage nouvelle obtiennent, à titre d'avance des frais de lancement. Il est par ailleurs possible de payer comme dépense directe tout outillage spécial à la commande militaire.

(3) Comité de rédaction, 59^e séance, 1^{er} février 1954.

(4) Lettre n° 1.160 S.E.P. du 12 juin 1953 précitée.

Jusqu'à une période récente, l'Etat fédéral mettait en place du petit outillage qui restait sa propriété, mais non des machines-outils, ni des immeubles. Ce système n'a pas été conservé en raison des frais de mise en place et de surveillance qu'il entraînait. En outre, il n'était pas possible, selon l'opinion du Bundesamt für Wehrtechnik und Beschaffung, d'obtenir de cette façon un rendement économique satisfaisant de cet outillage.

C'est pourquoi un nouveau système est à l'étude. Il ne reposerait vraisemblablement pas sur une propriété de l'Etat fédéral, mais plutôt sur un système d'avances qui seraient récupérées sur les commandes ultérieures. Toute éventualité de double paiement serait exclue par le mode de fixation des prix.

La portée de l'article 21 ne doit pas être exagérée. Cet article est nouveau par rapport aux dispositions du cahier du 21 novembre 1932, mais s'il définit les précautions qui doivent être prises lorsque du matériel est remis au fournisseur, il n'impose en aucune façon à l'Administration de choisir une méthode donnée pour permettre le financement des investissements nécessaires à l'exécution du marché.

L'article 21 est ainsi typique d'un certain aspect du cahier industriel de 1955 ou de 1958 : il s'agit d'un texte qui sous la rigueur des formules laisse sur bien des points une totale liberté d'appréciation à l'Administration contractante. Il est évidemment difficile de rédiger un texte applicable dans les circonstances économiques les plus diverses ; il est impossible de rédiger pour chaque article les options qui correspondraient à ces différentes situations ; le cahier industriel se tire de cette difficulté en précisant que les clauses ne s'imposent pas à l'Administration qui peut y déroger par un article particulier du contrat. Il n'y a du reste, dans cette précision, que le simple rappel d'une règle générale du droit français.

C. — LES MARCHÉS DE TRANSFORMATION ET LES MARCHÉS DE CONVERSION.

L'article 21 du Cahier industriel fait une allusion à la possibilité de remettre au titulaire du marché de vieilles matières et des déchets de fabrication ou des matériels appartenant à l'Etat. C'est l'article 10 qui traite de cette question.

Il convient de distinguer ici trois sortes de marchés : les marchés de conversion, dans lesquels de vieilles matières sont remises

au fournisseur pour qu'il les incorpore à la fourniture, la propriété en étant transférée à l'industriel ; les marchés de raffinage par lesquels l'industriel transforme en matière première raffinée les déchets qui lui sont confiés sans que l'Etat cesse d'en être propriétaire ; enfin, les marchés de transformation qui prévoient la remise soit de matériels à modifier, soit de matières neuves à employer à la confection des matières et objets à fournir.

Les marchés de raffinage n'ont jamais été critiqués. Ils sont expressément autorisés par l'article L-116 du décret n° 57-1336 du 28 décembre 1957 portant Code du Domaine de l'Etat qui autorise également les marchés de transformation lorsqu'ils tendent « à la réparation ou à une meilleure utilisation, sous la même forme, des objets en service ».

La rédaction embarrassée de l'article L-116, qui reprend du reste, le texte de l'article 2 du décret-loi du 28 février 1940, traduit l'effort fait par l'Administration des Domaines pour intervenir dans toutes les cessions faites par l'Etat à une personne privée, fût-ce à propos de l'exécution d'un marché de fournitures.

Ce point de vue n'a jamais été admis par les services de la Défense nationale qui estiment que la compétence exclusive accordée aux Domaines pour la vente du mobilier de l'Etat ne concerne que les biens réformés ou en excédent des besoins, c'est-à-dire ceux inutilisables ou inutilisés. Inversement, les matériels classés en approvisionnement, en service ou en attente ne relèveraient pas des Domaines. L'article 9 du décret n° 52-1386 du 22 décembre 1952, sur la comptabilité des matériels militaires, non abrogé par l'article L-148 du Code des Domaines de l'Etat, qui ne régit pas la matière des marchés, permet aux Administrations militaires de faire des cessions à des fournisseurs, lorsque l'intérêt général le requiert.

Faire des cessions de matières premières à un industriel peut en certains cas être le seul moyen de trouver des fournisseurs ; de même, certains instruments de mesure ou de contrôle très particuliers ne peuvent être fournis que par les laboratoires militaires. L'intervention du service des Domaines, injustifiée, ne ferait qu'alourdir la passation des marchés.

Le problème est très différent en ce qui concerne les marchés de conversion qui, hormis le cas où règne une pénurie de matières premières, ne représentent qu'un intérêt financier pour le service contractant, à de rares exceptions près.

Les marchés de conversion, interdits formellement par les principes généraux de la comptabilité publique, plus spécialement par

le principe de l'universalité budgétaire, et interdite par la loi — l'article 2 du décret-loi du 28 février 1940 — avaient été autorisés par le Ministère des Finances après la guerre de 1939-1945 aux conditions suivantes :

Les vieilles matières remises devaient être destinées à être incorporées après transformation dans les fournitures, ou du moins être de même nature que les matières premières entrant dans les fournitures.

Le marché devait indiquer distinctement le prix brut de la fourniture et la nature, l'origine, la quantité et la valeur de reprise des matières remises à l'entrepreneur.

L'accord du service des Domaines sur le prix des matières cédées devait être pris au préalable.

Les prix et les quantités devaient être tels que, toujours, l'Etat soit débiteur d'une somme d'argent représentant la différence entre le prix de la fourniture et celui des vieilles matières.

Enfin, les vieilles matières devaient être remises directement à l'entrepreneur lui-même et non à un intermédiaire (5).

L'article 10 du Cahier industriel a été rédigé en considérant comme permanente cette interprétation de la loi par les Finances, alors qu'elle n'était justifiée principalement que par la pénurie exceptionnelle de l'après-guerre.

Le Secrétaire d'Etat au budget (6) a « décidé de revenir sur l'interprétation extensive admise jusqu'alors... et de (s') en tenir à la lettre même du texte ».

La portée du changement est essentiellement d'ordre financier : ce qui est interdit, et qui était admis jusqu'alors, est d'opérer une contraction des recettes et des dépenses entre la valeur de remise des vieilles matières et le prix d'achat de la fourniture neuve. Par contre, le service des Domaines n'élève aucune protestation de principe contre le caractère de cession amiable, et non au plus fort enchérisseur, qu'ont nécessairement les remises de matériel au titulaire d'un marché. Il suffit que l'intérêt public qui s'attache à une telle cession amiable puisse être démontré.

Il est regrettable qu'une disposition presque aussitôt démentie ait été insérée dans un texte permanent. Mais les rédacteurs du cahier industriel avaient eu le souci, en définissant les marchés

(5) Cette interprétation a été rappelée par la lettre du 24 avril 1958, du Secrétaire d'Etat au budget au ministre de la Défense nationale.

(6) Lettre du 24 avril 1958 précitée.

de conversion, de préciser les conditions auxquelles le Ministère des Finances acceptait de déroger à la loi.

Ce souci de clarté montre enfin que le cahier de 1958 n'était pas une œuvre théorique, mais s'efforçait d'être aussi pratique que possible, pour répondre au mieux aux données concrètes des marchés industriels.

D. — LES POUVOIRS DE L'ADMINISTRATION EN CAS DE RÉSILIATION LE DÉCOMPTE DE RÉSILIATION.

Le cahier des clauses et conditions générales du 21 novembre 1932 ne détaillait pas les règles selon lesquelles devait s'effectuer la liquidation des marchés résiliés aux torts du titulaire ou sans faute de sa part. Il y a là cependant une question importante tant en fait qu'un principe.

1° La résiliation sans faute du titulaire : Ses conséquences pécuniaires.

Le Conseil d'Etat, en sa décision du 14 décembre 1906, sieur Vergé, a reconnu que le titulaire d'un marché résilié sans faute avait droit non seulement au paiement des frais exposés et du bénéfice manqué, mais également à être indemnisé du dommage subi par son commerce :

« Considérant... que cette résiliation et les mesures qui l'ont
« suivie ont causé au commerce du requérant un préjudice que
« les experts ont évalué unanimement à 5.000 francs ; qu'il y a
« lieu de fixer à ce chiffre l'indemnité qui lui est due de ce
« chef... »

Cette décision qui fait entrer dans le décompte de résiliation non seulement les dépenses directes mais également le préjudice subi par un élément incorporel — le fonds de commerce — serait susceptible de recueillir l'approbation des milieux industriels, si du moins les indemnités fixées à dire d'expert l'étaient à un niveau voisin des prix réellement pratiqués dans le commerce, ce qui n'est pas nécessairement le cas.

Mais la décision du 14 décembre 1906 ne semble pas avoir fait jurisprudence. Si le principe de la réparation intégrale après une résiliation sans faute n'est pas mis en cause, l'interprétation qui est donnée du principe semble restrictive. La réparation intégrale comprend la perte subie et le gain manqué. Tout dépend

de la façon dont est calculée la perte subie ; en effet, la détermination du bénéfice manqué ne présente généralement pas de difficulté dans un marché industriel où l'exigence d'un devis, jusque dans les marchés sur appel d'offres, met en évidence les marges de risques et de bénéfice que le fournisseur a prévues.

La perte subie doit avoir un lien direct de cause à effet avec la réalisation. Les auteurs rappellent ce principe (7). Bien souvent la dépréciation du fonds de commerce ne peut être attribuée avec certitude à la résiliation du marché ; il faudrait connaître l'évolution générale de l'entreprise et en tenir compte. La résiliation n'est qu'un facteur parmi d'autres de la dépréciation d'un fonds ; elle n'est pas nécessairement le facteur décisif ni le plus important.

Quoi qu'il en soit, le cahier industriel a détaillé, en son article 61, les postes du décompte de résiliation sans faute. Cet article a été longuement discuté, en raison de son importance. Refuser de payer le bénéfice légitimement escompté peut nuire à la gestion financière à long terme de l'entreprise et causer à celle-ci des dommages considérables. Le titulaire du marché résilié sans faute de sa part supporterait seul les conséquences d'une mesure prise dans l'intérêt général ; il y aurait là une rupture manifeste de l'égalité devant les charges publiques.

Selon le droit commun, l'industriel serait fondé à demander une indemnité. La question a été posée de savoir si cette indemnité devait être limitée au remboursement des seules dépenses exposées par le fournisseur et reconnues nécessaires pour l'exécution du contrat ; mais en général, l'Administration tient compte également du gain manqué et accepte de verser sa valeur au fournisseur ; certains services ont cependant marqué leur hostilité de principe à cette dernière méthode, se refusant en outre à lier l'idée d'indemnisation à celle de dépenses de reconversion (8) ; leur attitude, excessive, n'a pas été suivie.

En effet, l'Etat n'a pas intérêt à faire peser sur ses fournisseurs un risque d'autant plus redoutable qu'il est difficile à évaluer, impossible à assurer (9).

(7) A. de LAUBADÈRE. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*. N° 1.036, tome III.

Guy MALDIDIER : *La résiliation sans faute des marchés de fournitures passés par l'Etat*, Thèse Paris 1949, pp. 7 et 8.

(8) Sous-Commission des marchés industriels, 41^e séance, 19 décembre 1951.

(9) Cette idée semble admise par les directions techniques intéressées.

Il a été admis finalement que le bénéfice manqué sur la partie inexécutée du marché serait payé au titulaire sur la base de 4 % du marché, déduction faite du prix des fournitures réceptionnées ou en cours d'exécution. Sous certaines conditions précisées par l'article 61, § 2, 2°, c, le taux de bénéfice peut être réduit ou porté au double.

Si le principe du paiement du bénéfice manqué a été discuté, les controverses ont été plus vives lorsqu'il a fallu définir les dépenses à rembourser au titulaire du marché résilié. La pratique des différents services était dissemblable, les errements du Ministère de l'Air semblaient les plus favorables à l'industriel.

L'article 23 du Règlement Air 1713, du 15 février 1946, prévoyait de payer à l'industriel les matières premières, produits semi-finis et produits finis régulièrement approvisionnés, ainsi que les produits en cours de fabrication acceptés par le service de contrôle. Le prix devait en être fixé contradictoirement par les représentants de l'Etat et de l'industriel. L'estimation était effectuée sur la base des prix de revient majorés du taux de bénéfice admis lors de la passation du marché. Le taux de bénéfice pouvait toutefois être réduit, et l'exécution du marché n'avait pas été entreprise de manière à assurer normalement la livraison dans les délais. L'industriel recevait en outre la différence entre le montant des dépenses engagées de façon normale pour l'exécution du marché et les amortissements déjà inclus dans les évaluations précédentes.

Cet article était parfaitement logique dans un système où les industriels sont à la fois soumis à une tutelle stricte et à un contrôle étroit de la part de l'Etat qui, pratiquement, donne des ordres que le fournisseur ne saurait transgresser. Mais souvent l'indemnité de résiliation était supérieure au montant des dépenses qui eussent été nécessaires pour achever le marché. La résiliation ne perdait pas pour autant tout intérêt ni sa raison d'être : les industries, les bureaux d'étude redevenaient disponibles pour travailler dans une direction nouvelle. Il y avait là cependant une façon particulièrement onéreuse de suivre l'évolution du progrès technique.

Les méthodes découlant de l'application du Règlement Air 1713 ont été très critiquées. Le rapporteur a finalement estimé que « le montant de l'indemnité ne doit pas être supérieur au montant du marché » (10). Cette phrase devait du reste être

(10) Sous-Commission des marchés industriels, 2^e séance, 24 février 1950.

interprétée comme interdisant de payer plus, en résiliant le marché, que l'Etat n'aurait payé pour le faire achever. Le rapporteur admettait toutefois que les éventuelles indemnités de licenciement versées par l'industriel méritaient un examen particulier.

Les propositions du rapporteur ont été adoptées, et le Département de l'Air a modifié son attitude en matière de résiliation sans faute.

Si finalement l'article 61 a reconnu le droit au titulaire du marché résilié à obtenir — sauf clause contraire du contrat — le paiement du bénéfice manqué sur la partie inexécutée (11), le Règlement Air 1714 B n'en fait qu'une possibilité exceptionnelle, non un droit, et par ailleurs certaines clauses restrictives ont été insérées dans le cahier industriel.

Les dépenses faites, les frais spéciaux engagés à l'occasion du marché ne pourront être remboursés que s'ils ne sont pas susceptible d'être amortis sur l'activité ultérieure de l'industriel. L'article 61, § 3, prévoit d'autre part, ce qui constitue une nouveauté aussi bien par rapport au cahier du 21 novembre 1932 que par rapport au Règlement Air 1713, que : « en aucun cas, « le titulaire ne peut recevoir un montant supérieur à celui qui « lui aurait été dû en cas d'exécution du marché ». Cette disposition a été reprise intégralement par les Règlements Air 1714 et 1714 B ; elle semble marquer une évolution dans un sens particulièrement rigoureux de la pratique administrative.

Par ailleurs, on s'est penché sur « le cas de l'industriel qui, « n'ayant pas pris toutes dispositions utiles, n'aurait pu exécuter « son marché dans les délais impartis et qui en cas de résiliation « pourrait prétendre à un bénéfice sur la partie non exécutée, « alors qu'au contraire des pénalités pour retard auraient pu lui « être appliquées » (12). C'est pourquoi il est permis, en pareil cas, de supprimer le paiement du bénéfice manqué. L'influence du droit américain est évidente.

Les solutions adoptées ne sont pas à l'abri de toute critique. Certes, l'article 61 a été rédigé avec le souci de tenir compte des nécessités de la vie industrielle. C'est ainsi qu'a été supprimé un alinéa du § 1 selon lequel le titulaire ne serait pas remboursé

(11) Ce n'est du reste là qu'un rappel d'une jurisprudence ancienne : Conseil d'Etat 7 août 1874. HOTCHKISS et COOLIDGE : « Le ministre n'a pu « résilier le marché qu'à la condition d'assurer aux entrepreneurs tous les « avantages qu'ils auraient tirés de l'exécution des marchés ».

(12) Comité de rédaction, 71/72^e séance, 28 avril et 3 mai 1953.

des travaux ou approvisionnements réalisés postérieurement au trentième jour suivant la résiliation. Cette mesure aurait pu empêcher les fournisseurs de mettre sur pied un plan sérieux d'approvisionnement, de crainte de se trouver dans une situation difficile en cas de résiliation.

Mais l'article 61, malgré les nuances apportées à sa rédaction primitive, ne semble pas régler de façon absolument satisfaisante les rapports entre l'Etat et le titulaire du marché résilié.

Comme l'avait fait remarquer une partie de la doctrine, les milieux professionnels ont critiqué l'idée même de la résiliation sans faute des marchés industriels. Mais ces marchés sont des contrats administratifs, et comme tels soumis au fait du prince. Le principe du pouvoir de résilier unilatéralement les marchés n'a pas même été discuté en commission. Les praticiens sont ainsi en accord étroit avec la doctrine classique et avec les auteurs qui ont affirmé récemment l'existence du droit de mettre fin prématurément et de façon unilatérale à l'exécution du contrat (13). S'il est arrivé que soient continués des marchés que l'Administration eût souhaité résilier, cela ne relève que de l'appréciation souveraine du Ministre et s'explique parfois par la nécessité de conserver un potentiel industriel pour les besoins de la mobilisation. C'est donc du seul point de vue financier que seront examinés les problèmes posés par la résiliation d'un marché sans faute du titulaire.

La résiliation d'un marché important peut créer une situation catastrophique dans une entreprise industrielle. Du jour au lendemain, cette entreprise voit inemployé son potentiel économique; croyant avoir le plein emploi de ses moyens, elle a pu négliger de présenter des offres à d'autres clients à qui elle n'aurait pas pu consentir des délais raisonnables. La situation est pire lorsque

(13) G. JÈZE, dans la *Revue du Droit Public*, 1945, page 257 et J. L'HUILLIER, au *Dalloz* 1953, chronique, page 87 (« Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'Administration ? ») ont critiqué l'idée que l'Administration aurait un pouvoir général de résiliation unilatérale des contrats administratifs.

A l'inverse :

Guy MALDIDIER, dans sa thèse (Paris, 1949 : « La résiliation sans faute des marchés de fournitures passés par l'Etat ») rappelle, page 2, que dans les arrêts récents du Conseil d'Etat, le pouvoir de l'Etat de résilier, sans faute du titulaire, les marchés de fournitures est défini indépendamment du pouvoir général que tire de l'article 1794 du Code civil le maître de l'ouvrage.

A. de LAUBADÈRE, dans la *revue du Droit Public*, 1954, page 36 (« Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs ») et dans son *Traité*, admet l'existence de ce pouvoir de résiliation unilatérale.

l'Administration est un client important de l'entreprise et que la résiliation entraîne une réduction considérable du chiffre d'affaires. Le préjudice résultant de la résiliation excède très largement les sommes qui auraient été payées en exécution du marché, et ce préjudice n'est qu'imparfaitement réparé.

Il peut arriver que, lorsque intervient la résiliation, le fournisseur doive de l'argent à l'Etat, notamment lorsque des avances ont été consenties. Il a été reconnu (14) qu'accorder un délai raisonnable, de six mois, ou davantage, serait nécessaire, mais cette proportion n'a pas été inscrite dans l'article 61, bien que son absence fasse peser, bien inutilement, une menace sur la trésorerie des fournisseurs.

Dans la liquidation du marché résilié, l'Administration possède un large pouvoir d'appréciation (15). Les termes « matières et objets approvisionnés » doivent être pris dans un sens très large. Certains objets en cours d'exécution et non encore livrés au moment où est établi le décompte de résiliation doivent être payés et leur valeur doit être portée au crédit du titulaire du marché résilié. Le service liquidateur aura à apprécier si le titulaire du marché a fait toute diligence pour arrêter ses commandes de matières et objets courants du commerce. En cas de faute du titulaire qui n'aurait pas pris soin d'arrêter immédiatement les commandes correspondantes, des matières et des objets pourraient être laissés à sa charge (16). Cet « arrêt immédiat » doit, évidemment, s'apprécier compte tenu des possibilités dans la branche industrielle considérée.

La fixation du prix de reprise a également été discutée, mais finalement l'article 61, § 2, 2°, b, se réfère à l'estimation contenue dans le marché, ou éventuellement dans les devis accompagnant les offres. Cette référence ne prive pas l'Administration de sa liberté d'appréciation ; elle peut notamment examiner et critiquer les évaluations contenues dans les devis.

Enfin, les travaux préparatoires apportent une précision importante sur le sens qu'il faut donner à l'article 61, § 2, b, qui prévoit le paiement au titulaire des matières et objets approvisionnés en vue de l'exécution du marché résilié, et non susceptibles d'être utilisés par lui ultérieurement.

(14) Sous-Commission des marchés industriels, 2^e séance, 24 février 1950.

(15) Comité de rédaction, 21^e séance, 19 novembre 1952.

(16) Comité de rédaction, 21^e séance, 19 novembre 1952.

Le rapporteur a précisé (17) que cette clause devait être interprétée en toute équité, c'est-à-dire compte tenu de la possibilité d'écoulement rapide, par le titulaire du marché, des matières et objets considérés. « Cette rapidité doit être appréciée en fonction de la rotation normale du capital de son entreprise ». Cette rapidité sera appréciée compte tenu de toutes les circonstances de la cause : conjoncture économique, nature et dimension de l'entreprise, activité unique ou diversifiée de l'entreprise, nature, qualité, quantité des matières et objets considérés.

Nous estimons qu'il y a là une position de principe, et que c'est également de cette façon qu'il conviendrait d'interpréter un autre alinéa de ce § 2, 2^o, b, de l'article 61, selon lequel seraient payés : « La quote-part des frais spéciaux de l'entreprise, « notamment des frais d'étude et de lancement des fabrications, « se rapportant directement à l'exécution du marché, non amortis sur la partie exécutée ou en cours d'exécution et non susceptibles d'être amortis ultérieurement sur l'activité du titulaire ».

Ces conditions de résiliation sont plus sévères que celles qui résulteraient de l'article 1794 du Code civil. Le code ne permet pas, en effet, de laisser à la charge du fournisseur les matières et objets approvisionnés pour l'exécution du contrat, même si ces matières et objets peuvent lui être utiles ultérieurement ; de même, les frais divers exposés pour l'exécution du marché devraient, en exécution de l'article 1794 du Code civil, être payés par le maître de l'ouvrage même s'ils sont susceptibles d'être amortis ultérieurement par le titulaire du contrat sur ses autres activités. La limitation apportée par le § 3 de l'article 61 du Cahier industriel : « En aucun cas, le titulaire ne peut recevoir un montant supérieur à celui qui lui aurait été dû en cas d'exécution du marché », est contraire au droit civil. Elle tend à protéger les finances publiques contre une résiliation qui coûterait plus cher que la poursuite du marché. Mais le fournisseur dont le marché est résilié doit généralement résilier lui-même les contrats qu'il a conclus avec ses sous-traitants et ses fournisseurs de matières premières. Ces contrats sont soumis au Code civil, non au droit administratif (18). Le titulaire du marché doit liquider

(17) Comité de rédaction, 21^e séance, 19 novembre 1952.

(18) Les articles 40 à 44 du Cahier industriel soumettent certains rapports entre le titulaire et ses sous-traitants et fournisseurs à une tutelle de l'administration ; mais l'emprise du droit administratif reste cependant très limitée dans ce domaine.

selon le droit civil les contrats dont il demande la résiliation. Le § 3 de l'article 61 peut ainsi, en certaines circonstances, empêcher le titulaire du marché résilié sans faute d'être indemnisé de ses pertes les plus directes.

Cette solution ne peut être approuvée en matière de marchés industriels tout au moins, ces marchés obligeant l'Administration à prendre conscience des problèmes de la vie industrielle. L'Etat ne peut pas ignorer les rapports de droit qui se créent nécessairement entre le titulaire d'un marché et des tiers. Se montrer d'une rigueur excessive dans la liquidation des marchés résiliés masque la perte économique et financière qui résulte de la désorganisation de la production. Si les finances publiques sont déchargées à court terme, à plus longue échéance, elles supportent les conséquences d'un gonflement des frais généraux. On peut concevoir qu'en période de crise la loi ait fixé un régime sévère ; cette législation d'exception n'aurait pas dû servir de précédent lorsqu'a été élaborée la règle de droit commun.

Mais l'effet de l'article 61, § 3, n'est pas le même selon que la résiliation intervient tôt ou tard. En bien des cas, la résiliation ne causera aucun préjudice au titulaire. « L'expérience du passé » démontre que les résiliations sans faute sont plus particulièrement fréquentes en période de hausse des prix » (19) : de nombreuses résiliations interviendraient alors à la demande des fournisseurs pour leur épargner une perte.

La véritable portée de la résiliation sans faute dépend également de l'état de la conjoncture en général et, plus spécialement, de la conjoncture au sein de la branche industrielle à laquelle appartient le fournisseur. Seule, une étude permet de dire, en chaque cas, si des commandes de remplacement peuvent éviter un ralentissement important de l'activité de l'entreprise avec toutes les conséquences humaines et financières qu'il comporterait.

Il est ainsi difficile de connaître la portée exacte de l'article 61 du Cahier industriel. Il est certain que l'Administration conserve une importante marge d'appréciation, et c'est en définitive la pratique suivie qu'il faut considérer plus que le texte. Cette pratique est généralement libérale, spécialement semble-t-il là où la tutelle technique qui s'exerce sur les fournisseurs est la plus étroite. Il est à craindre toutefois que les évaluations et les décomptes ne soient influencés par la situation budgétaire à l'époque de la résiliation du marché, ce qui serait difficile à justifier.

(19) Comité de rédaction, 17^e séance, 22 octobre 1952, Annexe au procès-verbal.

2° *La résiliation aux torts du titulaire : ses conséquences pécuniaires.*

La résiliation du marché aux torts du fournisseur est une sanction grave, qui ne doit être prononcée qu'à bon escient, à la suite d'un manquement caractérisé du titulaire à ses obligations légales ou contractuelles. Mais lorsque cette résiliation est prononcée, les sanctions les plus sévères s'accumulent. Le cahier industriel a repris ici les règles traditionnelles en précisant toutefois certains points controversés.

Au crédit du titulaire sont portées la valeur contractuelle des fournitures réceptionnée, et celle de l'ensemble des prestations fournies en vertu de l'article 63. Ne sont prises en considération ni les dépenses d'investissement, ni celles d'approvisionnement, ni les frais divers. La seule nouveauté est ici d'écrire dans le Cahier ces règles admises.

Le titulaire est d'autre part constitué débiteur des sommes qui lui ont été versées à titre d'avances, d'acomptes et de termes de paiement ; puis, de la valeur des matériels divers appartenant à l'Etat et non restitués ; enfin, des pénalités pour retard et dommages-intérêts pour inexécution. Eventuellement, le supplément de dépenses résultant de la passation d'un marché passé aux frais et risques est mis à sa charge. Cette énumération n'est pas limitative, ainsi qu'en fait foi la rédaction du premier alinéa du paragraphe 5.

Les pénalités pour retard prévues par l'article 50 peuvent être portées au cinquième du montant du marché, et non plus au dixième. Ce maximum peut être atteint, à la discrétion de l'Administration, quelle que soit la date de résiliation. Cette disposition est nouvelle par rapport au Cahier du 21 novembre 1932.

Une autre innovation est très importante. Le titulaire voit porter à son débit « le montant des dommages-intérêts évalués « administrativement, en compensation du préjudice subi par « l'Etat du fait de l'inexécution du contrat ». Cette disposition montre en premier lieu que la limitation contractuelle des pénalités pour retard suppose l'exécution du contrat ; elle ne préjuge pas la sanction de l'inexécution. D'autre part on peut se demander si les pénalités pour retard ne perdent pas dans une large mesure leur caractère de dommages et intérêts forfaitaires pour apparaître seulement comme des clauses pénales.

En cas de résiliation aux torts, les pénalités pour retard, portées au cinquième, coexistent avec les dommages et intérêts

évalués administrativement ; pénalités et dommages intérêts ne peuvent avoir la même nature juridique sans que l'Administration reçoive deux fois réparation du même préjudice.

En fait, le cumul est possible entre ces deux sanctions et s'explique logiquement. Bien qu'aucune obligation de motiver la décision administrative n'existe, il faudrait pour cela un texte de loi, les dommages intérêts évalués administrativement, en application de la loi de 1898, ne sont en fait mis à la charge du titulaire du marché résilié que si un dommage existe qui soit facile à reconnaître, facile à évaluer avec une marge d'incertitude raisonnable. Les pénalités portées au cinquième représentent au contraire les dommages intérêts forfaitaires destinés à compenser les préjudices difficiles à isoler et à évaluer.

L'article 59 autorise enfin le cumul, dans le décompte de résiliation et au débit du fournisseur, des pénalités pour inexécution avec le supplément de dépenses résultant d'un achat passé aux frais et risques. Rien n'empêche, en effet, que l'Etat subisse un préjudice bien qu'un marché de remplacement soit passé. Mais cette solution, logique, était douteuse avant qu'elle n'ait été écrite dans le cahier applicable aux marchés industriels.

Par contre, l'amende prévue par l'article 62, § 3, du cahier du 21 novembre 1932 disparaît. Elle n'était guère utilisée, d'autant plus qu'elle supposait une disposition expresse du marché pour être applicable.

L'article 59 témoigne d'une grande sévérité dans le régime fait aux fournisseurs titulaires de marchés industriels de la Défense nationale. L'Administration a reçu les moyens de sanctionner lourdement les manquements aux obligations contractuelles. L'exécution des marchés est en effet un élément essentiel de la continuité des services publics ; elle revêt une importance particulière dans la Défense nationale.

Les résiliations aux torts sont peu fréquentes, et l'Administration n'use qu'avec discrétion des moyens qui lui sont proposés. Bien souvent en effet, le titulaire d'un marché résilié aux torts est un fournisseur nouveau qui s'essaie aux fabrications militaires sans avoir une idée exacte des difficultés techniques qu'il rencontrera dans l'exécution de la fourniture. Les fraudes caractérisées existent, mais elles sont rares. Lorsqu'elles sont découvertes, la sévérité du cahier industriel retrouve toute son utilité et son caractère indispensable.

3° *Les dispositions communes aux différents types de résiliation.*

L'article 63 du cahier industriel apporte certaines précisions de plus haut intérêt pour la bonne exécution du service. En cas de résiliation sans faute ou aux torts et griefs, l'Administration se réserve le droit de déterminer la partie de la fourniture que le titulaire devra achever en tout état de cause, et peut ordonner la livraison des fournitures en cours de fabrication, des matières et objets approvisionnés, enfin des moyens d'exécution spécialement destinés au marché.

L'étendue de l'obligation ainsi imposée au titulaire du marché résilié a été discutée. L'on a rappelé que l'article 43 du cahier des clauses et conditions générales des marchés de travaux des Ponts et Chaussées du 29 décembre 1910 permet, en certains cas, de prendre d'office le matériel de l'entrepreneur dont le marché est résilié (20) et que la réglementation américaine donne de larges pouvoirs en ce sens à l'Administration fédérale qui peut se faire délivrer non seulement ce qui est déjà exécuté ou est en voie de l'être, mais également les tracés et d'une manière générale tout ce qui est nécessaire pour transférer ailleurs la production (20) (21).

Il a cependant été renoncé à prévoir dans le cahier la possibilité pour l'Administration de se saisir des machines-outils et des appareils d'essai et de contrôle appartenant au titulaire du marché. L'industriel peut avoir besoin de son équipement pour exécuter des commandes passées par le secteur privé. L'Etat se réserve cependant la possibilité prévue au § 1, 1° de faire exécuter une partie de la fourniture — par exemple une phase d'usinage nécessitant un certain modèle de machine-outil — par le titulaire du marché résilié.

En définitive, les « moyens d'exécution spécialement destinés au marché » incluent essentiellement les tracés, et l'outillage et les vérificateurs. Or, cela va très loin : « ... du fait que l'Etat « utilise des tracés, il devient par là même utilisateur des brevets « pouvant être inclus dans ces tracés ; cette utilisation obligera « à verser des indemnités non seulement au titulaire, mais encore « au propriétaire dont il a la licence, et il y aura lieu de réaliser « un accord amiable avec ledit propriétaire ; à défaut d'accord « amiable, l'Etat pourra se prévaloir des dispositions du décret-

(20) Commission mixte, 12^e séance, 25 avril 1951.

(21) Comité de rédaction, 16^e séance, 15 octobre 1952.

« loi du 29 novembre 1939 ou de tout autre texte contenant des « dispositions similaires... » (22). A défaut d'accord, le prix serait fixé par une décision ministérielle — sous le contrôle du juge naturellement.

C'est dans le mois de la notification de la résiliation que l'Administration peut faire connaître son intention d'user de son droit. La résiliation, même en ne considérant pas le cas d'une résiliation partielle, ne met donc pas fin totalement à l'exécution du marché par le titulaire ; elle peut être aménagée au mieux des intérêts de l'Etat.

La justification de ce pouvoir de l'Administration a été cherchée dans les versements préliminaires sous forme d'avances et d'acomptes dont a bénéficié le titulaire. Et le texte initial prévoyait que la livraison ordonnée après la résiliation ne pouvait l'être que « dans la limite des avances consenties » (23). Cette justification et la limite qu'elle apportait au pouvoir de l'Administration ont finalement disparu.

L'article 63 donne ainsi de larges pouvoirs à l'Administration qui n'est jamais tenue de les exercer. Par contre, cet article ne semble pas garantir parfaitement les intérêts financiers du titulaire du marché résilié. L'article 63 ne prévoit pas l'hypothèse où le titulaire du marché résilié ayant commencé à réinstaller ses usines se serait mis dans l'impossibilité de satisfaire à la demande de l'Administration, et cela, avant que ne soit écoulé le délai d'un mois prévu par le texte du cahier. De même, l'article 63 est muet sur le prix auquel serait livrée cette partie de la fourniture. Les travaux préparatoires (24) renvoient expressément au § 4 de l'article 61, selon lequel les prix sont fixés par accord amiable et avenant, à défaut par décision ministérielle. Cette disposition ne doit pas être interprétée comme un moyen de maintenir nécessairement les prix du marché initial. Un prix industriel est en effet sous l'étroite dépendance des quantités produites et une correction est nécessaire pour tenir compte de la réduction de la commande. D'autres corrections — en hausse — peuvent également être nécessaires.

(22) Comité de rédaction, 18^e séance, 29 octobre 1952.

(23) Sous-Commission des marchés industriels, 35^e séance, 24 octobre 1951.

(24) Comité de rédaction, 19^e séance, 5 novembre 1952.

E. — LE POUVOIR DE MODIFICATION UNILATÉRALE
DES MARCHÉS INDUSTRIELS DE LA DÉFENSE NATIONALE.

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites... ». Ainsi s'exprime l'article 1134 du Code civil posant un principe général. Mais ce principe ne s'applique pas avec la même rigueur aux marchés publics qu'aux contrats du droit civil. Ainsi que le fait remarquer M. L'Huillier (25), il est banal de constater aujourd'hui que les contrats administratifs n'entraînent pas des conséquences identiques pour les divers contractants. L'Administration selon certains auteurs ne serait pas tenue de respecter strictement le contrat qu'elle aurait approuvé, et il existerait un pouvoir général de modification unilatérale, sous réserve de respecter l'équilibre financier de la convention. Selon M. L'Huillier, cette conception ne serait qu'un faux dogme, démenti par les solutions du droit positif.

La parution d'un nouveau cahier des charges traduisant largement la pratique suivie par l'Administration, c'est-à-dire exprimant certains aspects du droit positif, permet de situer ce droit dans la controverse qui vient d'être rappelée. Mais auparavant, un examen de droit comparé s'impose, d'autant plus que les rédacteurs du cahier ont été très informés du droit américain et des droits européens.

Le Code civil de la République fédérale allemande, qui régit les marchés publics, admet que seule l'une des parties puisse demander des modifications à un contrat. Les conditions générales prévoient donc expressément que l'Etat fédéral, et lui seul, peut demander des modifications. Le Code civil dispose enfin que les modifications devront être payées au fournisseur d'après les stipulations du contrat initial.

Il n'existe ainsi pas à proprement parler un pouvoir d'action unilatérale au profit de l'Etat fédéral ; celui-ci n'a de pouvoirs que contractuels, dans les limites fixées par le Code civil ; une personne privée pourrait se réserver par contrat les mêmes prérogatives.

La puissance publique possède aux Etats-Unis d'Amérique un pouvoir d'action d'office en matière de marchés de fournitures. L'étendue de ce pouvoir est grande. « Il existe aux Etats-Unis

(25) L'HUILLIER, Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration. Dalloz 1953, chronique page 87.

« un pouvoir légal d'action d'office qui autorise les Administrations de la Défense à déterminer unilatéralement les prix des approvisionnements chaque fois qu'il n'aura pas été possible d'établir des prix acceptables par négociation. Cette procédure n'est appliquée que sur autorisation de l'Assistant Chief of Staff C-4 (Chef du 4^e Bureau) » (26). Le fournisseur est ainsi placé vis-à-vis de la puissance publique, son client, dans une situation réglementaire et non plus contractuelle. Cet aspect de la réglementation est lié à l'attitude psychologique des Américains par rapport aux problèmes de la Défense nationale, pour laquelle ils admettent des sujétions inconnues en d'autres domaines.

Mais ce pouvoir reste théorique : « ...cette procédure n'a reçu jusqu'ici aucune application pratique » (27). En dehors de cette disposition légale, l'action d'office se fonde sur des clauses-types que les services doivent nécessairement insérer dans chacun des contrats. En vertu de ces clauses, « le contracting officer peut à tout moment, par un ordre écrit, apporter des changements notamment aux dessins, plans ou devis de fabrication ; toute-fois les quantités prévues au contrat ne peuvent être en principe modifiées. En tout état de cause, rien ne dispensera la partie contractante d'exécuter le contrat modifié » (28). Les prix sont modifiés à la demande du fournisseur pour tenir compte des changements demandés. Une sorte de comité de règlement amiable, « l'Armed Services Board of Contract Appeals », tranche définitivement les litiges qui peuvent s'élever.

Il est difficile de tirer de l'exemple américain des conclusions précises. Il est indéniable que le pouvoir d'action d'office existe dans le droit américain, bien qu'il n'en soit pas fait usage ; l'action unilatérale utilisée en fait repose sur des dispositions contractuelles. Mais on peut se demander si des clauses-types sont bien la source du droit positif autorisant l'Administration à modifier unilatéralement l'objet du contrat, ou si ces causes ne font que traduire un droit positif préexistant. L'on ne peut en aucun cas conclure de l'existence des clauses écrites à l'inexistence du principe général antérieur formellement reconnu par ailleurs, même s'il n'est pas en fait utilisé.

Les opinions des rédacteurs se sont partagées pour savoir s'il était nécessaire d'inclure dans le cahier des clauses consacrant le

(26) Commission mixte des marchés de la Défense Nationale, 14^e séance, 12 juin 1952. Rapport du contrôleur général PAULHAC.

(27) Même référence.

(28) Commission mixte des marchés, 14^e séance, 12 juin 1952. Rapport du contrôleur général PAULHAC.

pouvoir d'action d'office de l'Administration dans les marchés industriels (29) ou si le titulaire est tenu d'exécuter immédiatement les modifications qui lui sont notifiées (30). Ce sont donc les textes eux-mêmes qu'il convient d'examiner.

L'article 7 du Règlement Air 1713, « Modifications imposées au cours d'exécution », prévoit que l'Etat peut prescrire à l'industriel des modifications aux conditions initialement prévues, portant sur les spécifications techniques ou les quantités, qu'il y ait suppressions ou suppléments de fournitures ou de travaux. Cet article a inspiré l'article 46 du cahier industriel qui cependant se limite à l'aspect technique des modifications demandées en cours d'exécution ; et l'article 46 du Règlement Air 1714 B est plus proche sur ce point du cahier industriel que de la Norme Air 1713.

Le cahier de 1958 ne contient ainsi aucune disposition relative à un accroissement des quantités que le fournisseur devra livrer. Si une diminution, même prononcée par une décision administrative unilatérale ne fait pas de difficultés — il s'agirait alors d'une résiliation partielle dont la procédure est connue — il n'en est pas de même de l'augmentation de la fourniture ordonnée d'autorité.

Il est certain cependant que l'Administration n'éprouve aucune difficulté à augmenter les séries déjà commandées. C'est l'intérêt du titulaire du marché de produire davantage pour amortir plus rapidement ses frais fixes et ses investissements. Aussi l'Administration parvient-elle rapidement à un accord amiable avec le fournisseur pour augmenter les quantités commandées ; la discussion éventuelle sur le prix ne retarde en fait pas la production.

Dans l'hypothèse assez théorique où cet accord amiable avec le titulaire du marché ne pourrait se faire et où l'Administration agirait d'office, la juridiction administrative saisie hésiterait à annuler la décision contestée.

Décider unilatéralement de l'augmentation des fournitures à livrer au titre d'un marché industriel n'est en effet pas une procédure usuelle ; il n'y serait fait recours que si une nécessité impérieuse l'exigeait et, par là, la justifiait.

Il faut bien admettre que cette décision unilatérale de l'Administration ne heurterait en rien les principes du droit adminis-

(29) Commission mixte, 12^e séance, 25 avril 1952.

(30) Commission mixte. Sous-Commission des marchés industriels, 2^e séance, 24 février 1950.

tratif. En matière industrielle, l'Administration possède des pouvoirs exorbitants du droit commun accordés dans l'intérêt de la Défense nationale, allant de la concession d'une licence d'office sur un brevet d'invention à la réquisition d'une entreprise.

La faculté pour l'Administration d'augmenter unilatéralement les prestations demandées au titre d'un marché industriel n'est qu'un échelon dans la série continue des prérogatives de l'Etat en matière de Défense nationale. Et s'exerçant dans le cadre d'un marché industriel en cours d'exécution, l'augmentation de la prestation, décidée d'office, ne manquerait pas d'apparaître comme la mesure la plus appropriée au but fixé.

Et c'est pourquoi, si le pouvoir de modification administrative unilatérale est admis de façon générale dans les contrats administratifs (31), c'est tout particulièrement dans le domaine des marchés passés par les départements de la Défense nationale que ce pouvoir se justifie.

Aussi, l'accord amiable sur les modifications demandées par l'Administration se réalise-t-il toujours en fait. Le fournisseur ne perd pas de temps à refuser ce qui pourrait être imposé.

Nous n'admettons pas l'idée que les clauses contractuelles autorisant ces modifications administratives unilatérales puissent être sous-entendues lorsque l'Administration a omis de les faire figurer dans le contrat (32). C'est là une fiction qui ne tient pas compte d'un certain nombre de faits. Les procès verbaux des séances de travail montrent que les rédacteurs du cahier industriel n'ont jamais voulu sous-entendre une clause contractuelle : ils ont au contraire voulu préciser l'ensemble des règles applicables, plus spécialement l'ensemble des dispositions contractuelles. Et l'existence d'une obligation non contractuelle, contraignant le titulaire à exécuter les modifications qui lui sont imposées, a été affirmée (33), alors qu'il était renoncé à rendre contractuelle cette obligation (34).

Il est impossible d'admettre la théorie de la clause contractuelle sous-entendue si l'on tient compte des travaux préparatoires du cahier industriel. On ne peut non plus la retenir si l'on examine l'attitude des fournisseurs vis-à-vis du cahier des clauses administratives générales.

(31) S. BADAOUX. Le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien. Thèse. Paris 1955, pp. 68 à 71.

(32) L'HUILLIER, article précité.

(33) Commission mixte. Sous-Commission des marchés industriels, 2^e séance, 24 février 1950.

(34) Commission mixte, 12^e séance, 25 avril 1951.

Certains fournisseurs ayant un service juridique étoffé connaissent suffisamment les textes administratifs pour ne pas admettre une obligation ne découlant ni du contrat, ni de la jurisprudence. Ils ne reconnaissent pas les clauses contractuelles sous-entendues, sauf bien entendu à exécuter les contrats de bonne foi, ce qui est tout différent.

Une autre attitude, inverse de la précédente, semble plus fréquente, celle des fournisseurs qui sous-entendent plutôt que les pouvoirs écrits dans le cahier et que s'est réservés l'Administration ne seront pas exercés et resteront à l'état de simple menace.

Il n'y a pas de place, dans un cas comme dans l'autre pour la clause contractuelle sous-entendue ; mais il existe des pouvoirs de l'Administration, définis et délimités par la jurisprudence, qui mettent le fournisseur dans une situation réglementaire et non plus seulement contractuelle. Les industriels s'efforcent de limiter l'aspect réglementaire au profit de l'aspect contractuel. Ils y parviennent dans une large mesure en se prêtant de bonne grâce aux demandes de l'Administration qui ne rencontre pas de difficulté à faire admettre le principe d'un ou de plusieurs avenants aux marchés notifiés et en cours d'exécution. Les procédures autoritaires, qu'il n'est pas besoin d'utiliser effectivement, semblent disparaître.

Il ne convient pas cependant de renoncer à ces pouvoirs exorbitants du droit commun qui peuvent être nécessaires dans des circonstances exceptionnelles, qu'elles le soient par leur gravité ou par leur complication.

La mutabilité des contrats administratifs existe certainement. Sur quoi porte cette prérogative de l'Administration, jusqu'où s'étend-elle, c'est sur ce point que les réponses diffèrent, mais il semble que, si les circonstances l'exigeaient, rien n'empêcherait l'Administration d'augmenter unilatéralement le volume des prestations demandées au titre d'un marché industriel.

C'est une autre question de savoir si la mutabilité, favorisée dans une certaine mesure par les ordres de service, n'a pas entraîné des modifications innombrables empêchant toute homogénéité du matériel et toute série d'une importance suffisante pour que les prix soient abaissés d'une façon sensible.

C'est là une question complexe, touchant à des problèmes budgétaires et économiques, et dépassant notablement le seul problème des marchés industriels.

II. — Les problèmes nouveaux.

Les marchés industriels obligent les Administrations et les fournisseurs à aborder des problèmes qui n'étaient pas couramment étudiés dans la théorie générale des marchés de fournitures. S'appuyant sur un certain nombre de précédents, le Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés industriels s'est efforcé de réglementer ces matières nouvelles.

A. — LES MARCHÉS DE RÉPARATION ET DE MODIFICATION.

La réglementation.

Le Cahier des clauses et conditions générales du 21 novembre 1932 ne consacrait aucun article aux réparations, traitées comme les fournitures ordinaires et soumises aux mêmes règles.

Le besoin s'est fait sentir, cependant, de dispositions propres aux marchés de réparation ou de modification de matériel industriel, et le Règlement Air 1713, complétant par des clauses spéciales à l'industrie aéronautique le Cahier du 21 novembre 1932, consacrait les huit articles de son chapitre IX aux marchés en question.

Ces articles ont été repris intégralement dans le projet de Cahier industriel déposé le 10 juillet 1950 par le rapporteur et ces articles ont fourni la base des travaux de la Commission mixte des marchés de la Défense nationale. ils sont par là à l'origine du titre IV du Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés industriels.

L'Administration rencontre des difficultés toutes particulières dans les marchés de réparation. Le travail à faire est mal délimité ; un démontage, en soi onéreux, est souvent nécessaire pour que le service soit à même de juger de l'étendue et de la nature de l'usure. Les travaux indispensables peuvent ne pas se révéler dès ce démontage, mais seulement à l'occasion d'une réparation effectuée au voisinage de la partie à réparer. Une marge d'imprévu considérable subsiste même après l'examen contradictoire.

D'autre part, la réparation n'est pas nécessairement une remise à neuf — et ce terme lui-même serait à définir. Il est difficile de préciser sans ambiguïté ni erreur la nature des travaux à faire.

Il faut éviter à la fois les dépenses excessives, hors de proportion avec la valeur d'un appareil neuf destiné à remplacer l'appareil usagé, et les économies faites au détriment de la sécurité.

Certains ont donc ressenti le besoin de fixer des normes pour guider, au mieux des intérêts de l'Etat, les services chargés de la passation des marchés. Des directives ont été proposées (35) :

- ne s'adresser qu'à des réparateurs qualifiés ;
- faire un inventaire du matériel remis comparable à un état des lieux ;
- distinguer entre les opérations systématiques et les opérations facultatives ;
- viser dans le contrat, outre le Cahier des clauses administratives générales, des Cahiers des charges spéciales contenant des spécifications techniques précises ;
- prévoir un contrôle partiel, effectué au fur et à mesure des opérations, et laissant à l'Administration la faculté de rebutter les pièces jugées irréparables ou dont la réparation serait trop onéreuse.

Il est apparu essentiel que soit établi un « cahier de prescriptions techniques » applicable en matière de réparations, et l'article 70, § 2 traduit le caractère obligatoire de ce cahier que l'Administration ne peut, en principe, pas se dispenser de rédiger.

Au terme des discussions, les marchés de réparation ou de modification apparaissent comme une variété de marchés industriels ayant leurs propres caractéristiques.

Le libre-choix du cocontractant par l'Administration est essentiel. Il est nécessaire qu'une expertise de l'objet à réparer soit faite. Il est utile qu'elle ait lieu avant le début des travaux et qu'elle ait lieu contradictoirement avec l'industriel à qui sera confié le marché. Il s'agit là de limiter dans la mesure du possible les cas où le titulaire du marché estimera se trouver face à des sujétions imprévues. Le marché de réparation semble ainsi impliquer une procédure de gré à gré, puisqu'il est important que le fournisseur soit choisi avant que le marché ne soit passé, ou tout au moins d'appel d'offres, pour assurer le libre-choix du fournisseur par l'Administration.

Le marché de réparation doit être aussi précis que possible. Il est nécessaire qu'une liste détaillée des pièces devant être

(35) Comité de rédaction, 41^e séance, 10 juin 1953.

fournies par l'Administration et par le fournisseur soit établie. On risque ici de voir se mélanger les prestations de l'un et de l'autre. L'expérience prouve que l'imprécision dans les marchés se retourne contre l'intérêt financier de la collectivité publique : il faut éviter que le fournisseur ne fasse, en toute bonne foi, un travail excédant ce qui lui a été demandé et que cela ne provoque des dépenses en réalité inutiles. La précision nécessaire du marché implique évidemment l'expertise préalable.

La nécessité d'une définition à la fois détaillée et précise, n'empêche pas qu'il soit de la nature des marchés de réparations, plus que des marchés de fournitures en général de devoir supporter des changements dans la définition et la délimitation de l'objet du contrat. Le marché de réparation implique que l'on puisse, après début de l'exécution du marché, modifier en plus ou en moins la quantité de travail fourni, ainsi que la nature des prestations. Les délais d'exécution sont toujours difficiles à préciser ; ils ne peuvent parfois être donnés qu'à titre indicatif, ce qui a une influence directe sur le prix, du fait des pénalités pour retard et des clauses de révision de prix. Un certain caractère provisoire est donc inclus dans l'idée même de marché de réparation ou de modification, même si l'obligation de faire référence à un « cahier des prescriptions techniques » a été respectée.

Enfin, toutes ces considérations justifient dans une certaine mesure l'idée plus ou moins exprimée que le Cahier industriel fournissait l'occasion d'imposer une réglementation autoritaire aux différents services de la Défense nationale, si différentes que soient les conditions de fait dans lesquelles ils travaillent et les difficultés qu'ils ont à résoudre.

C'est ainsi qu'au cours des discussions (36), les projets ont été remaniés, dans un sens autoritaire :

« Un examen contradictoire des matériels à réparer est effectué « avant exécution des travaux. Le marché en fixe les modalités ». Dans sa concision, l'article 71 nouveau traduit cette volonté arrêtée de faire une réglementation sévère, précise, pour limiter l'initiative des services, dont l'imprudence est à craindre. Les services sont protégés contre eux-mêmes par l'exigence de l'examen contradictoire. Le texte de 1953 prévoyait seulement que les services pouvaient prescrire cet examen et en fixer les conditions. L'article 71 nouveau n'a d'ailleurs pas sa place dans un cahier des clauses

(36) Comité de rédaction, 63^e séance, 1^{er} mars 1954.

administratives générales : il s'agit en réalité d'une instruction — sans force juridique.

Il en est de même de l'article 70 qui prétend obliger les services à établir, dans tous les cas, un devis provisoire. Initialement, il était prévu que cette obligation pourrait disparaître en cas d'urgence. Cette disposition a été supprimée (37), bien qu'il soit évident que le texte du Cahier industriel ne puisse lier l'Administration qui peut toujours l'écarter dans un marché donné.

Les marchés de réparation risquent d'entraîner l'Administration dans des dépenses excessives. Le mode de détermination du prix revêt donc une importance particulière dans ces marchés.

Le mode de détermination du prix.

Trois modes de détermination des prix sont prévus par l'article 70. Le marché peut être à prix forfaitaire unique, lorsqu'il s'agit d'un marché à quantités fixes. Ce cas est le plus simple, mais ne peut être employé qu'exceptionnellement pour les réparations ; certaines modifications portant sur un matériel sensiblement neuf — ce qui réduit certains aléas — peuvent également être effectuées de la sorte. Le marché peut fixer une série de prix globaux et forfaitaires correspondant à divers degrés de détérioration du matériel à réparer ; le degré de détérioration est déterminé par accord entre l'industriel et le service de la surveillance et fait l'objet d'un état récapitulatif de prix établi avant l'exécution du travail. Ce procédé semble convenir particulièrement aux réparations de matériel ayant été produit en grande série et pour lequel on possède une connaissance statistique des avaries susceptibles d'être rencontrées à un stade donné de l'usure ; il est possible alors d'établir des barèmes qui se révéleront exacts si les quantités données à réparer sont suffisamment importantes ; ceci montre du reste qu'il n'est pas possible, en l'espèce, de scinder les marchés de réparation sans risquer d'introduire un déséquilibre entre le prix et la prestation. Enfin, le marché peut être passé sur série de prix unitaires et forfaitaires. Le marché ne prévoit que les bases de remboursement des ensembles et pièces à fournir par l'intéressé, les barèmes de prix forfaitaires pour certaines opérations, les taux horaires de travaux non définis à exécuter avec différentes catégories de main-d'œuvre ; sur ces bases, le titulaire établit un devis provisoire avant l'exécution de

(37) Comité de rédaction, 64^e séance, 8 mars 1954.

la réparation. Ce dernier procédé s'apparente à certains marchés de travaux publics dans lesquels l'Administration constate le volume des travaux nécessaires et les paie au tarif préétabli. Il n'est pas sans présenter certains des inconvénients des marchés en régie. L'Administration peut avoir intérêt à passer un tel marché lorsque les réparations à effectuer sont difficiles à connaître à l'avance, que leur prix ne peut être évalué avec certitude, mais que le travail doit être fait quel qu'en soit le prix. Il est préférable, en ce cas, de ne pas rechercher un prix forfaitaire qui ne pourrait être donné qu'avec une marge de sécurité considérable. L'article 70 du commentaire recommande cependant de demander dans les appels d'offres un prix forfaitaire pour les opérations qui peuvent être isolées, comme le démontage et le remontage, et qui seront faites même si l'Administration renonce finalement à procéder à la réparation trop coûteuse.

Lorsqu'il n'est pas possible de traiter à un prix forfaitaire, le cahier industriel propose, pour déterminer l'objet et le prix du contrat, une procédure comprenant essentiellement un examen préalable et un devis provisoire, avant l'exécution des travaux, puis un devis définitif rectifiant le devis provisoire pour tenir compte des fournitures qui ont été réellement livrées. L'industriel est payé d'après le devis définitif, après approbation de l'Administration qui certifie le service fait. Le devis provisoire, établi après l'examen contradictoire du matériel à réparer ou à modifier, permet à l'Administration d'apprécier l'opportunité de faire faire des réparations coûteuses ou de condamner le matériel examiné.

Le texte du Cahier industriel a été soumis au Conseil National du Patronat Français qui a présenté le 5 janvier 1954 ses observations. Le C.N.P.F. remarque que le projet de titre IV « est « une copie légèrement modifiée des articles 31 à 37 de la Norme « Air 1713. Ces articles seraient acceptables, mais les modifications qu'on y a introduites sont inacceptables ».

Deux critiques justifient cette opinion.

« Le délai de 3 semaines prévu pour la notification de la « décision administrative d'exécution ou l'abandon de la réparation est trop long. Le titulaire peut être gêné par la présence « dans ses locaux du matériel dont la réparation est envisagée » (38).

Cette critique n'a pas été retenue, « ce délai étant justifié par l'intervention de deux services » (39), le service chargé de la sur-

(38) Lettre du C.N.P.F. du 5 janvier 1954.

(39) Comité de rédaction, 63^e séance, 1^{er} mars 1954.

veillance, et celui chargé de passer les marchés, auxquels il conviendrait du reste d'ajouter le service technique intéressé par le matériel dont la réparation est envisagée. Toutefois, l'article 72, dans sa rédaction définitive, admet qu'une clause particulière modifie ce délai. Il est donc possible, en chaque cas, de tenir compte des données de fait, et des nécessités industrielles propres à chaque fournisseur.

Plus graves sont les observations présentées sur le mode de fixation des prix : « ... le devis provisoire est un devis définitif
« pour les travaux qui y sont définis, la notion de provisoire n'in-
« tervenant que pour la fixation du prix des travaux supplémen-
« taires. Il serait préférable d'admettre, conformément à l'article
« 36 de la Norme Air 1713 que les travaux définis au devis pro-
« visoire sont à prix provisoire, le prix définitif de ces travaux
« ne pouvant dépasser le prix provisoire de plus d'un certain
« pourcentage fixé par le marché. Il faut revenir à cette dispo-
« sition, car une refaction d'avion, par exemple, présente tou-
« jours de nombreux aléas, et le constructeur ne peut s'engager
« que sur le prix provisoire » (40).

Il y a là, semble-t-il, un malentendu. Le caractère provisoire des marchés de réparation ou de modification n'est pas le même que celui des marchés à prix provisoire. Dans le cas d'un matériel à réparer ou à modifier, ce qui est provisoire, ce sont d'une part, la nature des opérations élémentaires à faire, d'autre part le nombre de ces opérations, c'est-à-dire le volume des travaux. Par contre, l'article 70 demande une fixation forfaitaire du prix de chacune de ces opérations élémentaires, ou, pour les opérations non définies au point de vue technique, le taux horaire de la main-d'œuvre, par catégorie professionnelle intéressée (41). Ce ne sont pas les prix unitaires qui sont provisoires, mais seulement le prix total.

Un alinéa final de l'article 74 a été supprimé : « Le montant
« des travaux décrits au devis provisoire ne doit pas (dans le
« devis définitif) dépasser la somme portée à ce devis (provisoire)
« d'un pourcentage supérieur à la limite fixée par le marché ou
« par les conditions administratives spéciales aux matériels de
« l'espèce ». Il a été fait remarquer en séance (42) que cet alinéa

(40) Lettre du C.N.P.F. du 5 janvier 1954.

(41) En effet, les taux de frais généraux des sociétés peuvent être connus par ailleurs ; les pièces neuves à fournir le sont à des prix de tarif ; le coût de la main-d'œuvre représente ainsi la principale inconnue.

(42) Sous-Commission, 47^e séance, 27 février 1952.

apportait une limitation de prix injustifiée, et, finalement, cette restriction a été supprimée : elle seule introduisait un élément définitif dans le prix provisoire. Sa suppression est de nature à donner satisfaction aux desiderata du C.N.P.F.

En réalité, le désaccord entre les industriels et l'Administration n'est pas profond en l'espèce. La portée réelle du Titre IV dépend dans une très large mesure de la façon dont sont détaillés les prix globaux et forfaitaires. Selon que l'opération unitaire retenue pour donner un prix forfaitaire est simple ou complexe, l'industriel prend un risque faible ou plus important. Il s'agit en définitive d'arriver à une solution raisonnable, ne conduisant pas à des calculs comptables trop complexes, sans pour cela prendre des risques excessifs. Cette adaptation peut se faire à l'occasion de chaque marché.

Les rédacteurs du Cahier industriel se sont trouvés face aux exigences contradictoires de leur doctrine et des réalités. Celles-ci conduisent à ne fixer que le cadre général des marchés de réparation, et à faire place à l'imprévu. Le simple examen des faits suggère un texte laissant aux services une large liberté d'appréciation. Mais une volonté délibérée d'imposer aux différents services un texte commun obligatoire impliquait un texte autoritaire et rigide.

C'est finalement le rôle de la pratique administrative de tenir compte des données de fait, de rendre possible l'application des grandes lignes du texte en écartant les précisions excessives qui se révèlent inopportunes dans un cas donné.

B. — LES MARCHÉS D'ÉTUDE ET DE PROTOTYPE ET L'UTILISATION DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE.

1° *La place du Titre VI dans le Cahier industriel.*

Le titre VI occupe une place à part dans le Cahier industriel.

Une réglementation des marchés d'étude et de prototype existe déjà, l'Instruction n° 1391 S.E.A. du 16 mars 1951, à laquelle est annexé un plan de principe pour la rédaction des marchés de l'espèce. La nouveauté du Titre VI a consisté pour une part à insérer cette réglementation, du reste modifiée, dans un cahier des clauses administratives générales ; le cahier du 21

novembre 1932 ne prévoyait rien de tel (43). A l'étranger également, les cahiers des clauses administratives générales commencent à traiter de l'utilisation des droits de la propriété industrielle.

En Grande-Bretagne, les articles 32 à 34 des « Conditions « Standard des Marchés du Gouvernement pour l'Approvisionnement » (44) de septembre 1956 et l'article 15 des « Conditions « Générales des Marchés du Gouvernement pour les travaux « publics et les Fabrications industrielles civiles » (45) de décembre 1954 tendent essentiellement à éviter que l'Etat ne paie, au delà du prix contractuel, quelque redevance que ce soit à un tiers, ou ne soit condamné à verser des dommages-intérêts pour contrefaçon. En Belgique, l'article 14 du « Cahier Général des Charges » du 5 octobre 1955 précise simplement les redevances susceptibles d'être payées par la collectivité publique. Aucun article n'est consacré dans ces cahiers aux marchés d'étude et de prototype.

Toutefois, en Grande-Bretagne, des clauses-type étaient insérées pendant la guerre dans les marchés d'étude et de prototype (46). Ces clauses prévoyaient le libre usage par l'Etat des résultats acquis en exécution de ces marchés, le secret des inventions, la sauvegarde des droits des individus ayant participé au résultat final. En République fédérale allemande, l'Instruction du 14 juillet 1959 sur les « Contrats d'études et de prototypes avec l'industrie privée » est accompagnée d'un certain nombre d'articles-type qui sont insérés dans les marchés de l'espèce. Aux Etats-Unis, le « *Negotiators' Handbook* » de la Marine consacre certains développements au problème de l'acquisition des droits sur brevets lorsque l'Etat a payé les travaux d'étude et de recherche.

Le Cahier industriel, par son Titre VI, est ainsi dans la ligne de l'évolution des textes modernes qui régissent, à l'étranger, les marchés publics et qui consacrent une attention de plus en plus grande aux problèmes posés par les marchés d'étude et de prototype.

(43) L'article 19 du cahier du 21 novembre 1932, qui prévoit le cas des appareils brevetés, n'envisage pas le problème de la reproduction d'un modèle ou d'un prototype.

(44) *Standard Conditions of Government Contracts for Stores Purchases* (Form CCC/Stores/1, Edition September 1956).

(45) *General Conditions of Government Contracts for Building and civil Engineering Works*, Form CCC/WKS/1 Edition 8, Décembre 1954.

(46) « *Marchés. Passation. Exécution. Financement* », par W. ASHWORTH, un volume extrait de « *l'Histoire de la Seconde Guerre mondiale* », publié sous la direction de M. M. POSTAN.

Or, ces marchés revêtent une importance toute particulière pour la Défense Nationale, en raison de la nécessité absolue de suivre le rythme du progrès technique. C'est pourquoi des dispositions propres aux marchés d'étude et de prototype ont été insérées dans le Cahier industriel par l'arrêté du 19 mars 1955 (47). Ce n'est que le 30 avril 1958 que le Titre VI a été incorporé dans le Règlement Air 1714.

De nombreuses controverses ont présidé à l'élaboration du Titre VI. Une question de principe préliminaire devait être résolue. Aussi longtemps que le Cahier industriel restait un document d'exception, le Titre VI pouvait être applicable comme le cahier lui-même. Si le Cahier devenait, dans une certaine mesure, le droit commun, une place à part devait être fait au Titre VI.

C'est finalement la dernière solution qui a prévalu, afin de ne pas surcharger ceux des marchés où le seul article 25 suffisait à résoudre les problèmes de propriété industrielle. Le Titre VI forme ainsi, dans le Cahier industriel comme dans le Règlement Air 1714, un tout autonome qui n'est applicable qu'aux marchés s'y référant expressément. Ainsi en décide l'article 90.

D'autre part, l'opportunité de rédiger des articles propres aux marchés d'étude et de prototype avait été mise en doute. Certains estimaient que la matière était déjà traitée par l'Instruction n° 1391 SEA du 16 mars 1951. Mais cette instruction n'a pas de valeur contractuelle et ne fait pas double emploi avec les articles du Cahier industriel (48). Par ailleurs, le plan de principe annexé à l'Instruction fournissait bien le cadre contractuel dans lequel devaient se mouler les marchés d'étude et de prototype. Il n'en restait pas moins que le marché ainsi rédigé devait s'interpréter compte tenu d'une instruction dépourvue de valeur réglementaire.

Ces raisons l'ont finalement emporté (49), et il est apparu nécessaire de rédiger un titre consacré aux marchés d'étude et de prototype.

2° *L'objet du Titre VI. Les caractères originaux des marchés d'étude et de prototype.*

Il existe une certaine tradition de considérer comme un tout les marchés d'étude et les marchés de prototype, et il est fréquent

(47) *Journal Officiel* du 18 mars 1955, p. 2772.

(48) Comité de Rédaction, 34^e séance, 22 avril 1953.

(49) — d° —

que le prototype et les études qui le précèdent soient commandés par le même marché.

Certains services ont cependant l'habitude de passer des marchés d'étude pure, sans commander en même temps de prototype. La séparation en deux marchés distincts diminue les risques inhérents aux marchés uniques, mais ne permet pas de réaliser les prototypes dans des délais aussi courts : le marché de prototype n'est en effet passé que lorsque l'étude est assez avancée pour permettre une définition relativement exacte du matériel à fabriquer. De plus, la séparation en deux marchés tend en général à permettre de mettre en concurrence les fournisseurs pour la fabrication ; or, les industriels ne sont généralement pas organisés pour se livrer à des études pures sans prolongation de l'étude par une fabrication en usine. Il est donc à craindre que le prix de l'étude demandée par un marché isolé ne soit majoré d'une marge d'incertitude. Le choix du procédé à retenir dépend ainsi étroitement de la structure économique.

Les marchés uniques, portant à la fois sur les études et la fabrication du prototype, présentent évidemment la contrepartie des inconvénients des marchés séparés. Ils sont passés à un moment où l'étude n'étant pas commencée, il n'est pas possible de connaître avec précision la nature de la fabrication qui sera demandée. Le marché pourrait être en principe passé à prix forfaitaire, si l'Administration acceptait de prendre un tel risque. Les justifications demandées en fait pour un marché à forfait, les devis de prix exigés ne peuvent être fournis que lorsque l'exécution du marché est déjà commencée. Les marchés d'étude et de prototype en arrivent parfois à se présenter comme des marchés de régularisation, mêlant les procédés des marchés à forfait et des marchés sur dépenses contrôlées.

Mais les marchés d'étude et de prototype présentent des avantages certains. Il est toujours difficile de dire si une étude qui n'est pas concrétisée par un matériel aura une utilisation quelconque dans un délai prévisible. Les marchés d'étude et de prototype, s'achevant par une fabrication, mettent à la disposition du service ayant émis la commande un matériel tantôt expérimental, tantôt proche d'un matériel utilisable sur service courant, mais généralement placé à la pointe de la technique. L'étude et la réalisation pratique s'épaulent ainsi d'une manière plus étroite que dans le cas d'un ou de plusieurs marchés d'étude, suivis éventuellement d'un marché de prototype, et c'est pourquoi certains

services s'efforcent systématiquement de ne passer qu'exceptionnellement des marchés d'étude pure.

Les marchés d'étude et de prototype sont une matière difficile, dans leur préparation comme dans leur exécution. Il est souvent impossible de séparer ce qui revient au fournisseur de ce qui revient à l'Etat dans les résultats obtenus en fin de marché. Dès la préparation du marché, il faudrait savoir ce que le fournisseur apportera de son expérience, de ses brevets antérieurs, en dehors des dépenses qu'il exposera directement. Il y a là des questions complexes, à la frontière du droit et de la technique et qui, sur le plan juridique, intéressant à la fois le droit des marchés et celui des brevets.

Il existe en effet un élément commun aux marchés d'étude et de prototype : ces marchés posent de délicats problèmes en matière de propriété industrielle. La suite logique d'une étude, puis d'un prototype, est la fabrication en série d'un matériel. Il est nécessaire de préciser dès le marché initial les rapports juridiques qui s'établiront entre l'inventeur et le fabricant, et entre l'auteur de l'étude et celui qui l'a payée.

Les marchés d'étude et de prototype tendent à créer des monopoles qui seront protégés à la fois par la connaissance des données techniques d'une fabrication nouvelle et par le droit de la propriété industrielle. Le Titre VI du cahier industriel a donc nécessairement réservé une place particulière aux questions touchant au droit de la propriété industrielle.

3° *Le système du Titre VI du Cahier industriel.*

Les rédacteurs du Cahier industriel ont admis l'idée que l'Etat paie le titulaire du marché d'étude et de prototype et acquiert en contrepartie la propriété de la fourniture, qu'il s'agisse du prototype lui-même, du dossier d'étude ou des résultats de toute nature obtenus au cours de l'exécution du marché initial.

L'usage normal d'un prototype réussi consiste non seulement à l'essayer pour en tirer des enseignements, mais à le reproduire en série. L'article 91 du Titre VI du Cahier industriel stipule donc que « le contrat d'étude ou de prototype assure à l'Etat le « droit de reproduire le matériel correspondant ». Le même article précise ensuite que le titulaire ne doit pas rester passif : si l'Etat est victime d'un trouble dans la jouissance du droit de reproduction, le titulaire doit le faire cesser immédiatement. Des sanctions contractuelles sont prévues.

Mais l'article 91 reste imprécis et ne définit pas entièrement la portée du droit de reproduction.

Le droit de reproduction limite tout d'abord le monopole d'exploitation de l'inventeur, qui est fondamental dans le droit français de la propriété industrielle où les licences obligatoires restent l'exception. Dans sa rédaction concise, l'article 91 garantit l'Etat contre le refus du titulaire du marché de laisser fabriquer en série le matériel, voire au refus du titulaire de le fabriquer lui-même, ce dernier cas étant du reste théorique. L'article 92 précise, en son § 1^{er}, que le droit de reproduction permet à l'Etat de « fabriquer ou de faire fabriquer des matériels conformes aux prototypes ou aux dessins de prototype résultant du projet ou de l'étude ». L'Etat peut donc confier la fabrication en série à un industriel de son choix.

Mais la portée du droit de reproduction varie singulièrement selon les modalités de ce droit. Sur le plan industriel, l'article 92 stipule que le droit de reproduction s'étend aux dérivés du prototype. Il était impossible qu'il en fût autrement, étant donné les modifications incessantes qui caractérisent, notamment en leurs débuts, la conception et la réalisation des fournitures industrielles et scientifiques commandées pour les besoins de la Défense nationale. Il fallait cependant une limite, et l'article 92 prévoit que : « Le Ministre se réserve ... le droit d'apprécier si un matériel « déterminé est ou non un dérivé du prototype ». Cette appréciation est évidemment donnée sous le contrôle éventuel du juge du contrat.

Sur le plan financier, l'article 93 traite des avantages accordés au titulaire du marché d'étude ou de prototype en contrepartie du droit de reproduction. Une remarque préliminaire s'impose. Cet article est une exception dans le Cahier industriel — et dans les cahiers des clauses administratives générales — en ce qu'il traite de la contrepartie d'une obligation particulière du titulaire. Les obligations contractuelles forment un tout, et le prix du marché était, dans la théorie classique, la contrepartie de ces obligations. Cette nouveauté, a du reste été critiquée par certains qui voient dans l'article 93 un élément de hausse du coût des marchés d'étude et de prototype.

Cet article cependant n'envisage que l'octroi exceptionnel d'avantages particuliers au titulaire en contrepartie du droit de reproduction. Lorsqu'ils sont accordés, ces avantages consistent généralement en un droit de priorité sur les commandes, et, exceptionnellement, en redevances. Le droit de priorité a pour

but de permettre au titulaire d'avoir certainement une commande, limitée dans les appels d'offres, même s'il n'est pas le moins-disant. Il doit cependant, dans ce dernier cas, s'aligner sur les conditions financières du moins-disant. L'article 93, § 2 précise les conditions d'exercice du droit de priorité. Ce droit a été critiqué, parce qu'il conduit à scinder les commandes et à réduire les séries fabriquées. Le titulaire peut également recevoir un avantage supplémentaire, celui de la bonification d'études : « Si l'offre la plus avantageuse « n'est pas inférieure d'un certain pourcentage, fixé par le contrat « à titre de bonification d'études, au prix offert par le titulaire, « ce dernier reçoit à ce prix, une commande au moins égale au « contingent auquel il a droit ».

En apparence, le système de la bonification d'études est onéreux pour l'Etat qui ne profite pas des offres du moins-disant. On peut penser cependant que le titulaire du marché d'étude et de prototype est mieux armé que ses concurrents pour apprécier les aléas de la production en série du matériel qu'il a étudié, et que l'Etat évitera les inconvénients qui s'attachent à un marché passé à un prix sous-estimé par l'industriel au moment de sa soumission. D'autre part, l'incertitude sur les devis de prix est d'un ordre de grandeur beaucoup plus important que la bonification accordée et cette préférence est sans effet pratique dans un appel d'offres.

Des redevances ne sont prévues qu'à titre exceptionnel. Il est nécessaire qu'elles soient stipulées par le marché et le paragraphe 4 de l'article 93 les rattache à l'utilisation, par l'Etat ou le tiers constructeur, de brevets ou modèles antérieurs incorporés dans le prototype ou des dérivés.

Dans ses articles 94 et 95, le titre VI du Cahier industriel précise les obligations qui pèsent sur le titulaire du marché d'étude ou de prototype lorsque l'Etat met en œuvre le droit de reproduction. Le titulaire du marché initial doit remettre au tiers constructeur tous les documents ou modèles, gabarits et maquettes qui sont nécessaires à l'exécution de la fourniture. Il doit également « aider le constructeur par ses conseils techniques et le concours temporaire de son personnel spécialisé ainsi que par la « communication de tous procédés de fabrication et tours de « mains qui auront pu être utilisés par lui dans la construction « du prototype ». Des sanctions sont prévues en cas d'inexécution.

Le tiers constructeur est tenu de rembourser les frais résultant de l'aide technique, d'informer le titulaire du marché initial de l'expérience acquise dans la fabrication des matériels conformes au prototype. Le tiers constructeur ne doit utiliser les docu-

ments, renseignements ou conseils qui sont fournis par le titulaire du marché de prototype que pour la fabrication des matériels en cause. Ce dernier point est du reste assez théorique, lorsque les conseils et renseignements donnés ne sont pas protégés par le droit de la propriété industrielle.

Les derniers articles sont consacrés à l'exploitation des résultats de l'étude. L'article 96 prévoit que, sauf clause contraire du marché, l'Etat acquiert le droit d'exploitation des brevets et modèles couvrant les inventions nées au cours de l'exécution du marché.

*
**

Les solutions du titre VI du Cahier industriel ont été approuvées par les uns, critiquées par les autres. Certaines de ces critiques méritent d'être exposées.

Mais la matière des marchés d'étude et de prototype est en pleine évolution. A côté donc du texte du titre VI, il est nécessaire de connaître la pratique des différents services et d'analyser, dans la mesure du possible, les raisons qui justifient une solution originale et les circonstances qui en expliquent le choix.

4° *Les critiques formulées contre le titre VI du Cahier industriel.*

Le projet de titre VI a été soumis au Conseil National du Patronat Français qui, par une lettre adressée le 15 mars 1957 au Président de la Commission mixte des Marchés de la Défense nationale, a présenté certaines critiques.

Certaines dispositions du Cahier obligent le fournisseur, dès la préparation du marché initial, à concéder le droit de reproduction de ses prototypes et modèles dérivés de ceux commandés par ce marché : « ...il est extrêmement regrettable qu'un document tel que le Cahier des charges administratives générales « viennent donner sa caution à une exigence aussi exorbitante « que celle qui impose au fournisseur de l'engager, au moment « de la signature du contrat, pour toutes les transformations dont « l'Administration se réserve d'apprécier souverainement si elles « sont ou non équivalentes à la création d'un nouveau type » (50).

Il n'a pas été tenu compte de cette critique, en raison notamment de l'impossibilité de poser un critère *a priori* permettant de

(50) Lettre du 15 mars 1957, du C.N.P.F. au Président de la Commission mixte.

séparer les nouveaux prototypes d'avec les dérivés d'un prototype antérieur. Le débat serait tranché d'autorité, par le Ministre, sous le contrôle du juge. Il n'y a là qu'une application de la règle de la décision administrative préalable, mais elle est ressentie parfois comme une mesure abusive, aussi bien par les industriels privés que par certains fonctionnaires étrangers qui souhaiteraient avoir un recours direct au juge du contrat.

L'article 91 a également été critiqué. Des difficultés ont été rencontrées après de certains industriels pour obtenir dans le cadre du droit de reproduction des marchés d'étude ou de prototype la garantie contre les revendications des tiers (51). Ces industriels font valoir qu'ils ne pourraient donner une telle garantie qu'après une enquête longue et coûteuse effectuée par un cabinet juridique spécialisé.

En fait, cette disposition de l'article 91 a été maintenue ; elle est acceptée par les industriels qui ne mesurent pas l'étendue des obligations qu'elle leur impose, ou qui pensent non sans raison que si l'application de la clause devenait trop onéreuse, il serait renoncé à la mettre en œuvre.

Le C.N.P.F. a demandé que le tiers constructeur choisi pour fabriquer le matériel en série soit notoirement compétent. Les industriels craignent en effet d'être obligés, au titre de l'assistance technique, de former complètement le personnel d'un futur concurrent. Aussi certains syndicats patronaux voudraient-ils que le tiers constructeur fût agréé par le titulaire du marché d'étude. En fait actuellement, l'Etat ne se soucie pas de courir le risque de voir échouer la fabrication d'un matériel de série, et le tiers choisi est réellement compétent, mais aucune clause n'a été inscrite dans le cahier pour le dire. Il est vrai qu'on peut déjà trouver des obligations analogues dans la réglementation des marchés.

Une demande présentée par le C.N.P.F. aurait mérité de mieux retenir l'attention qu'elle ne l'a fait :

« L'interpénétration technique entraînée par l'aide apportée
« au tiers constructeur par le titulaire justifierait qu'aux obliga-
« tions du tiers constructeur prévues par le texte soient ajoutées
« celles de concéder au titulaire une licence gratuite pour l'uti-
« lisation de tout certificat d'addition, brevet, modèle ou dessin
« déposés, nés à l'occasion de l'exécution des matériels confor-

(51) Sous-Commission des Marchés Industriels, 47^e séance, 27 février 1952.

« mes au prototype » (52). Le brevet initial est en effet dévalué dans la mesure où il ne s'accompagne pas de ses compléments nés de la fabrication de série.

Enfin, le C.N.P.F. précise que « la suppression de toute redevance sur les brevets ou modèles antérieurs n'est admissible que dans l'hypothèse où le prix de marché en tient compte par ailleurs ». Le Commentaire, en son article 93, § 4 a prévu, en conséquence, que des dérogations, générales par catégorie de marchés, ou spéciales à un marché donné, pouvaient être apportées à cette suppression. C'est donc au moment de la conclusion du marché initial que ce point doit être tranché.

*5° La pratique des marchés d'étude et de prototype,
et les solutions positives.*

Une opposition évidente existe entre l'Etat qui paie une étude ou un prototype, et désire en devenir propriétaire, et l'auteur de l'étude ou du prototype qui entend tirer un bénéfice de son travail. La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. Cet absolu s'oppose au désir légitime de l'auteur de l'étude ou du prototype de concéder des licences de fabrication ou simplement de produire lui-même le matériel de série.

Il serait sans doute possible d'essayer de rechercher si le prix payé est ou non égal à la valeur économique de l'étude ou lui est du moins comparable. Mais outre le caractère subjectif d'une telle comparaison, et notamment la difficulté de définir la valeur économique d'une étude, il serait difficile d'en tirer des conclusions pratiques. On admet toutefois que le titulaire d'un marché d'étude ou de prototype ne reçoit souvent pas, en contrepartie de sa fourniture, un prix couvrant toutes ses dépenses. Les marchés d'étude ou de prototype sont fréquemment déficitaires, à l'exception peut-être des marchés passés en régie.

Cette constatation ne résoud pas pour autant le problème posé. Sans même parler de la valeur économique de la fourniture, qui peut être sans rapport avec les dépenses faites, il faut admettre que le prix n'a pas été fixé d'une manière arbitraire. Ce prix résulte d'une discussion où les deux parties ont eu des objectifs précis.

(52) Lettre du 15 mars 1957 du C.N.P.F. au Président de la Commission mixte.

L'Etat, ou le service contractant, cherchent à se procurer une étude ou un prototype de qualité, répondant à des normes minima. Ceci étant admis, ils s'efforcent de l'obtenir au meilleur prix.

Le fournisseur, de son côté, n'est pas incité à demander un prix exagéré pour un marché d'étude ou de prototype. La concurrence n'est pas immédiate, ces marchés se traitant le plus souvent de gré à gré, mais reste virtuelle. Le fournisseur envisage au delà du marché qu'il négocie le marché de série pour lequel il sera le mieux préparé parmi tous les concurrents : indépendamment de tout monopole, il sera mieux que tout autre à même d'apprécier les aléas, les difficultés de la fabrication en série et finalement le prix de revient.

C'est pourquoi le prix des marchés d'étude et de prototype doit être considéré sous trois aspects.

D'une part, il laisse souvent le titulaire en déficit ; mais d'autre part le titulaire l'a généralement admis pour se placer dans une situation favorable vis-à-vis de la concurrence, c'est-à-dire pour disposer au moment de la préparation du marché de série de plus d'éléments de toute sorte, techniques et financiers, que ses concurrents et pour établir son offre de prix et de délais ; en dernière analyse enfin, le prix des marchés d'étude ou de prototype n'est dans l'esprit du titulaire qu'un élément dans un ensemble plus vaste qui dépasse également le marché de série : obtenir le marché d'étude ou de prototype est une forme moderne de la concurrence à long terme qui s'opère sur le plan technique plus peut-être que sur celui du prix de revient ou surtout du prix de vente.

Il peut y avoir une divergence de vues entre l'Etat et son cocontractant. Le service ne peut ignorer qu'en droit le marché d'étude et de prototype est distinct du marché de série ; il doit recourir à la procédure de l'appel d'offres lorsque la concurrence est possible pour la fabrication de série. Au surplus, l'idée qu'un droit pourrait naître d'un marché d'étude ou de prototype au profit du titulaire pour lui réserver juridiquement une commande ultérieure ne peut être retenue par l'Administration à défaut d'une clause expresse du contrat. L'Etat est d'autant plus amené à sauvegarder sa liberté de décision qu'il est parfois difficile de séparer dans un marché d'étude ou de prototype, l'apport des services techniques de l'Administration et celui du titulaire du marché.

L'Etat s'efforce donc d'échapper au monopole créé par le marché d'étude et de prototype de façon plus ou moins précise, et s'assure le droit de confier à la concurrence la fabrication de

série ou de la faire exécuter dans ses propres établissements (53) ; mais on peut relever certaines différences dans la pratique suivie par les différents services pour mettre en œuvre le droit de reproduction et acquérir des droits de propriété industrielle.

a) *La D.T.I.A.*

La Direction technique et industrielle de l'Aéronautique a publié le 30 août 1958 le titre VI du Règlement Air 1714 A qui reprend, en le modifiant, le titre VI du Cahier industriel.

Trois idées inspirent la pratique de la D.T.I.A. (54).

La sanction du droit de priorité prévue par le Cahier industriel, réduire le contingent accordé au titulaire lorsque celui-ci n'est pas le moins-disant, présente en général des inconvénients du point de vue de la production industrielle ; le cahier 1955, comme celui de 1958, précise du reste que l'attribution d'un contingent réduit n'est faite que si l'Administration juge possible de scinder la commande. En outre, la notion d'offre la plus avantageuse et celle de moins-disant sont ambiguës, les prix unitaires variant de façon très sensible en fonction des quantités commandées. C'est pourquoi la Direction technique et industrielle a préféré introduire la possibilité pour l'Administration d'exiger du titulaire du marché initial un abattement de prix (55). Cette méthode n'est pas sans inconvénient parce qu'elle suppose une industrie très soumise aux suggestions de l'Administration, et parce qu'elle modifie les conditions de la concurrence lorsqu'un appel d'offres a été lancé. Elle présente l'avantage de ne pas conduire l'Administration à scinder une commande dans le cas où le titulaire du marché d'étude ou de prototype n'a pas fait une offre acceptable pour la série.

L'engagement du fournisseur sur un prix plafond pour la fabrication en série ne présente d'intérêt que si le marché est exécuté sur dépenses contrôlées et dans ce cas l'on retrouve les inconvénients connus des marchés en régie. Dans le cas contraire,

(53) Certaines affaires, évidemment exceptionnelles, ont montré l'utilité pour l'Etat de ne pas se heurter au refus du titulaire d'un marché de laisser reproduire son matériel : voir le Rapport particulier n° 2/53 du Contrôleur de l'Air RAYNAUD, joint au Rapport d'Enquête du Sénateur PELLENC, n° 7 (Conseil de la République), annexé au Procès-verbal de la séance du 3 octobre 1957.

(54) D'après le Rapport du 17 janvier 1959.

(55) Article 93, § 3, C. du Règlement Air 1714 A ou B.

l'engagement de prix se retourne contre l'Etat s'il conduit à accorder une marge bénéficiaire excessive. La D.T.I.A. s'efforce dans toute la mesure du possible à passer des marchés à prix forfaitaire et ne recherche pas d'engagement sur le prix de série.

La Direction technique et industrielle estime enfin que les redevances sont un mode normal de rémunération du titulaire d'un marché d'étude ou de prototype lorsque la fabrication de série est confiée à un tiers ou est exécutée par les établissements d'Etat. Bien souvent, en effet, les industriels sous-estiment les dépenses nécessaires à l'exécution du marché d'étude et de prototype. Si une prime technique est accordée en cas de réussite, des réfections de prix sont imposées, lorsqu'une insuffisance des résultats de l'étude ou des performances d'un prototype est constatée. Les aléas d'un marché d'étude et de prototype sont grands et, en fait, un déficit notable subsiste même en cas de réussite technique. Les risques dans le marché de série sont au contraire limités. Le paiement de redevances en contrepartie de l'acquisition du droit de reproduction est au surplus une tradition de l'aéronautique et remonte bien avant la guerre de 1939-1945.

Une justification de l'octroi des redevances a été présentée (56). En contrepartie de son aide, notamment financière, l'Etat deviendrait copropriétaire des brevets ; mais la copropriété entraîne la communauté, une exploitation unique menée dans l'intérêt commun, non la liberté pour chacun des copropriétaires d'exploiter à son profit personnel. Cette dernière faculté peut être acquise contractuellement ; les redevances en sont la contrepartie.

Si séduisante que soit cette thèse, elle suppose admis le fait que l'Etat ne peut pas obtenir conventionnellement des droits plus larges que ceux de la copropriété, parce que l'Etat n'accepte de verser au titulaire du marché d'étude ou de prototype qu'une contrepartie insuffisante à ses débours. Ceci peut s'analyser comme une constatation de fait, effectuée d'après des exemples précis, mais laisse également supposer que l'on considère comme normal de ne pas payer à leur valeur les études et les prototypes ; dans cette optique, on admettrait comme normal que les dépenses d'étude et de confection du prototype fussent amorties sur un marché de série.

Il y a là un problème économique sur lequel il conviendra de revenir.

(56) Rapport du 17 janvier 1959.

Les redevances présentent d'ailleurs un avantage certain : elles ne sont versées que si le droit de reproduction est réellement utilisé, et dans la seule mesure où il l'est. Prévoir des redevances apparaît ainsi comme un moyen de payer à son plus juste prix la prestation fournie par le titulaire du marché d'étude ou de prototype. Mais l'on en vient alors à rechercher si le droit de reproduction présente pour l'Etat un intérêt, ou s'il n'est qu'un palliatif à l'insuffisance du prix payé pour les études et les prototypes. La réponse à cette question peut être cherchée en étudiant la pratique suivie par les services industriels de l'Armée de Terre.

b) *La D.E.F.A.*

La Direction des Etudes et Fabrications d'Armement s'est attachée à préciser les mobiles auxquels une politique d'acquisition des droits de reproduction peut répondre, et à définir, en définitive, comment juger de l'opportunité d'acquérir un droit de reproduction (57).

Il est vain de stipuler au contrat le droit de faire reproduire le matériel si l'on ne recherche qu'un abaissement des prix, car, et particulièrement pour les fournitures complexes, le nouveau fournisseur se heurtera à la fois aux difficultés techniques de mise au point surmontées par le premier fabricant et à des difficultés financières, devant amortir un outillage nouveau sur une production limitée. L'aide technique indispensable risque du reste d'être inefficace, si le titulaire du marché d'étude ou de prototype a lui-même des craintes sur le plein emploi de ses installations et de sa main-d'œuvre. Le titulaire du marché d'étude aura alors un intérêt direct à réduire la portée des renseignements et de l'aide qu'il doit fournir au tiers fabricant en exécution de l'article 94 du Cahier industriel.

Au contraire, il serait possible d'envisager l'acquisition d'un droit de reproduction en vue de faciliter une éventuelle mobilisation industrielle caractérisée par l'ampleur des commandes militaires et par l'urgence des besoins à satisfaire.

Finalement, une politique d'acquisition de droits de reproduction ne pourrait se justifier que dans deux cas : si le matériel est suffisamment simple pour qu'il existe en puissance un certain

(57) Etude concernant l'utilisation par la Direction des Etudes et Fabrications d'Armement du droit de faire reproduire des matériels étudiés et mis au point par une entreprise privée, n° 0697 EM, du 25 octobre 1957 (deuxième édition).

nombre de fournisseurs qui puissent être mis en concurrence, ou si les besoins immédiats sont tels, compte tenu des délais de livraison, qu'il faille faire travailler simultanément plusieurs fournisseurs.

Ainsi limitée, l'acquisition du droit de reproduction peut se révéler utile à l'Etat.

c) *La D.C.C.A.N.*

La Direction centrale des Constructions et Armes navales, placée dans des circonstances économiques et générales différentes de celles que connaissent les autres directions industrielles de la Défense nationale, a eu nécessairement une attitude originale (58).

La nature des programmes de la Marine implique des commandes en moins grande série que celles passées par les autres armées. Et la réduction des programmes navals en a encore diminué l'importance. De plus, le contenu des programmes navals s'est modifié : après les séries d'escorteurs et de dragueurs, de grands navires ont été inscrits au budget, croiseurs et porte-avions ; à tonnage égal un grand bâtiment comporte moins d'appareils de toute sorte que plusieurs petits navires. L'évolution du type des bâtiments a donc joué dans le même sens que la réduction des crédits. Or, une condition essentielle pour faire jouer le droit de reproduction est de passer commande d'une série suffisamment importante pour permettre d'amortir les frais fixes.

Si les raisons qui précèdent sont pour une part contingentes — la réduction des crédits budgétaires — on peut trouver dans l'accélération très rapide du progrès technique en matière de guerre navale un élément permanent qui explique pour une part la nature des matériels commandés par la Marine et empêche la mise en fabrication de séries importantes.

L'usage du droit de reproduction suppose que soient achevés les essais du prototype. Afin de ne pas orienter les fabrications vers la production d'un matériel qui sera périmé avant même d'avoir été livré aux utilisateurs, force est de commander, « en « utilisant les principes mis au point par la première étude du « prototype, une présérie légèrement modifiée, pour laquelle il « ne peut être question de s'adresser à un autre industriel que « celui qui a fait les premières études, si bien que le droit de

(58) La pratique suivie par la D.C.C.A.N. en matière de marchés d'étude et de prototype est exposée dans la note n° 85.924 CAN/Ma du 12 mars 1959 et dans la note n° 238 M.C/O du 25 septembre 1959 (avec une annexe).

« reproduction de ces premières études n'est pas encore utilisable « à ce moment » (59).

La concentration industrielle vient limiter à l'extrême les possibilités de faire jouer le droit de reproduction. Lorsque l'industrie française comptait cinq fournisseurs d'un certain matériel, il était possible d'obtenir que l'un s'intéresse aux plans des autres ; lorsqu'il n'existe plus que deux fournisseurs, « la concurrence existe « encore, mais chacun des constructeurs préfère développer les « études faites par ses propres laboratoires de prototypes » (60).

Enfin, les commandes de la Marine ne représentent que rarement une part notable du chiffre d'affaires de ses fournisseurs. La D.C.C.A.N. ne saurait en aucune façon transposer les dispositions prévues par l'article 93, § 3, c), du Règlement Air 1714 B qui autorisent l'Administration à réduire d'office le prix offert pour la série par le titulaire du marché d'étude ou de prototype.

La pratique suivie par la D.C.C.A.N. découle de ces faits.

Le droit de priorité est pratiquement inutilisable, parce qu'il conduit à fractionner des commandes déjà trop courtes pour une production économique. L'engagement de prix plafond pour une commande de série ultérieure présente l'inconvénient majeur d'inciter le fournisseur à accumuler les marges de sécurité qu'il insère dans ses devis. D'autre part, la négociation du prix de la série devient difficile, l'industriel considérant évidemment ce prix plafond comme un minimum. Le prix de série risque, dans ces conditions, de traduire de façon définitive les incertitudes techniques qui existaient lors de l'élaboration du prototype.

Finalement deux procédés ont été utilisés effectivement par la Direction centrale des Constructions et Armes navales, en contrepartie du droit de reproduction stipulé : les redevances versées au titulaire de l'étude ou du prototype reproduits, les bonifications d'études.

Il faut bien admettre que ces avantages restent très limités. Les redevances sont toujours de faible importance : limitées à 3 % (en fait) du prix hors taxe des fabrications confiées à un tiers ou à un établissement d'Etat, elles s'éteignent lorsqu'un certain nombre d'appareils a été produit et, de toute façon, au bout d'un certain temps (dix ans généralement) à compter de la notification du marché initial. Surtout, il faut bien préciser que les redevances ne sont versées que dans le cas exceptionnel où le droit de reproduction est effectivement utilisé.

(59) Note n° 85.924 CAN/Ma, précité.

(60) — d° —

Les bonifications d'études permettent de faire jouer, pour la totalité de la commande, le droit de priorité au profit du titulaire du marché initial, même si le prix qu'il offre pour la série excède d'environ 5 % l'offre du moins-disant. On a vu que les bonifications d'études sont pratiquement sans inconvénient dans les appels d'offres.

Ces avantages ne sont d'ailleurs pas donnés dans tous les cas ; ils dépendent essentiellement des risques pris par l'industriel au cours du marché d'étude et de prototype, et lui sont refusés systématiquement lorsque ces marchés ont été passés en régie. En ce cas, l'Etat acquiert gratuitement le droit de reproduire ou de faire reproduire par des tiers la fourniture. Bien plus il devient l'unique propriétaire des résultats obtenus en fin d'étude ainsi que des procédés employés et des matériels réalisés. Il est fait réserve seulement du droit du fournisseur à être indemnisé pour l'emploi de brevets ou modèles qui seraient déjà sa propriété lors de la notification du marché (61). Toutefois, si l'industriel a pris une grande responsabilité, et même si le marché a été passé en régie, le fournisseur peut être autorisé à déposer des brevets et modèles non opposables à l'Etat qui jouit par ailleurs, gratuitement, du droit de reproduction.

L'usage réellement fait du droit de reproduction contraste, par son peu d'ampleur, avec l'importance attachée à ce droit par le Cahier industriel et tous ses commentateurs. Il a paru choquant que l'Etat payant une étude n'en devienne pas le propriétaire ou n'en ait pas l'usage. L'article 93 y met bon ordre. Mais il faut bien admettre que le droit de reproduction ne présente d'intérêt que pour un matériel fixé définitivement, et qu'on ne pourrait, sans freiner le progrès technique et l'évolution du matériel militaire, user largement de ce droit. Sa présence n'est cependant pas inutile, car elle contribue à empêcher certains abus et à fixer les prix dans des limites raisonnables.

Des critiques ont toutefois été formulées, portant principalement sur l'existence de différences dans les usages des différents services.

6° Les principes d'une refonte du titre VI.

Les dispositions du titre VI ont été soumises à la Commission d'Etude des Marchés qui a cherché une rénovation totale du texte pour unifier la pratique des Administrations militaires.

(61) Note n° 208.408 Ma du 9 février 1960.

Une refonte du titre VI devrait, semble-t-il, s'inspirer de considérations économiques. La réglementation des marchés d'étude et de prototype ne doit pas être trop rigide, compte tenu de la diversité des entreprises travaillant pour la Défense nationale. La structure économique des entreprises se livrant à des études influe directement sur l'intérêt que présente pour l'industriel telle ou telle forme de rémunération contractuelle.

La société qui fabrique est intéressée à ce que les études alimentent ses ateliers ; cette société ne s'attache pas à la question de la propriété des brevets, mais s'efforce d'éviter que l'Etat ne reproduise dans ses arsenaux ou ne fasse reproduire par un tiers les modèles et les prototypes. Une société de cette sorte considère que l'essentiel est pour elle de se faire reconnaître un droit de priorité sur toute commande de série.

Une société spécialisée dans les études et les recherches renoncerait volontiers à acquérir le droit de priorité sur les commandes de série ultérieure ; elle concéderait sans difficulté le droit de reproduction. Mais elle demanderait avec force qu'il lui soit reconnu un droit à redevance sur les brevets utilisés, que ces brevets aient existé avant le début de l'étude ou qu'ils aient été déposés à l'occasion de celle-ci. De même, une société de cette sorte ne voudra pas céder la propriété des brevets nés du marché d'étude : une société de ce genre vit des redevances de son portefeuille de brevets. Mais il se pose alors la question de savoir ce qu'apporte le titulaire du marché d'étude au fabricant : est-il ou non à même d'apporter le concours technique de rigueur, le « know-how » qui doit accompagner la licence de fabrication ? Selon la réponse faite, la rémunération du bureau d'étude peut varier considérablement. Elle varie évidemment selon que le bureau d'étude se charge de l'ensemble du marché de fourniture, sauf à sous-traiter l'usinage, et accepte la responsabilité de l'ensemble, ou selon qu'il se confine exclusivement dans une recherche, indépendamment de toute fabrication.

Il convient évidemment de distinguer, parmi les sociétés qui ne comportent qu'un bureau d'étude ou un groupe de laboratoires, celles qui sont réellement isolées et celles qui ont seulement une autonomie juridique et fiscale pouvant d'ailleurs se justifier par les nécessités de l'organisation et de la direction, mais qui restent liées au point de vue économique aux usines de fabrication par des liens financiers ou autres.

Les grands ensembles industriels se composent ainsi de sociétés spécialisées, dont les unes étudient, les autres usinent, en France

ou à l'étranger. Il n'y a là aucune clandestinité, et l'Etat qui traite avec ces groupes ou avec l'une des sociétés les composant n'est pas pris par surprise. L'on sait, notamment, quelles redevances permanentes lient la société laboratoire et la société usine.

Il semble que soient mal connues les données statistiques qui permettraient de connaître la masse des marchés d'étude et de prototype confiés aux sociétés de tel et tel type. Il est difficile, en conséquence, de définir une politique rigoureuse. Toutefois, il est certain que, compte tenu de la diversité des fabrications militaires, les trois armées qui n'avaient pas les mêmes problèmes à résoudre n'attachaient pas avant la création de la Délégation Ministérielle pour l'Armement, la même importance aux différentes formes de la recherche industrielle et scientifique.

Tel service estimait avoir intérêt à passer des marchés d'étude à des chercheurs isolés, ou à de petits bureaux d'étude. Il était possible de trouver là des concours précieux, à condition de confier ensuite les brevets à des sociétés capables de réaliser le matériel. Tel autre service, qui travaille principalement avec d'importants groupes industriels, pensait qu'il était essentiel de comparer la redevance payée par l'usine au laboratoire du groupe avec les redevances usuelles admises lorsque l'usinage est confié à un tiers.

Une certaine variété des solutions réglementaires est donc nécessaire si l'on veut répondre à la diversité des données de fait.

7° *Le décret n° 62-928 du 3 août 1962.*

Le décret n° 62-928 du 3 août 1962 complète (62), en ce qui concerne les marchés d'étude, le décret n° 56-256 du 13 mars 1956.

Le décret du 3 août 1962 est marqué par le souci de réintroduire la concurrence dans la passation des marchés d'étude. L'article 36 *bis*, nouveau, du décret n° 56-256 du 13 mars 1956 décide que « ces marchés doivent être nettement définis quant à leurs objet et à leur étendue pour permettre la mise en compétition... ». Bien plus, pour faciliter la mise en concurrence des chercheurs, l'article 36 *ter* crée une catégorie juridique nouvelle, celle des « marchés de définition ». Ces derniers marchés ont pour but, avant que ne soient passés les marchés d'étude

(62) *Journal Officiel* du 9 août 1962.

proprement dits, de « préciser les buts et les performances à « atteindre, les techniques de base à utiliser, les moyens en personnel et en matériel à mettre en œuvre pour la réalisation des « études, les éléments du prix, les différentes phases que peuvent « comporter les études ». Ces précisions obtenues, la mise en concurrence devient possible pour passer le marché d'étude proprement dit. Mais, le marché de définition permet de susciter la concurrence dès la préparation : lorsqu'une étude très vaste, portant sur des domaines particulièrement mal connus, doit être entreprise, un important travail préliminaire doit être entrepris. Le marché de définition peut être conclu simultanément avec plusieurs entreprises. Le marché de définition, qui s'apparente aux marchés de concours du droit des travaux publics, permet un appel plus vaste à la concurrence, car tous les appelés seront remboursés des dépenses faites pour présenter un avant-projet, et non pas le seul titulaire du marché principal. Il sera possible par ailleurs, ainsi que le prévoit *in fine*, l'article 36 *quater*, que des éléments de diverses solutions soient retenus, l'Etat se réservant alors de confier à leurs auteurs la partie des études correspondant à ces éléments de solutions.

Le décret du 3 août 1962 s'efforce de faciliter la mise en concurrence des marchés d'étude. Ses rédacteurs n'ignorent pas cependant que, souvent, cet effort sera vain. Aussi, l'article 2, modifiant l'article 35, 4° du décret du 13 mars 1956, permet-il de la façon la plus large de passer de gré à gré les marchés d'étude. Le décret du 3 août 1962 laisse ainsi une large liberté d'appréciation aux services chargés de passer les marchés.

Cette liberté plus grande reconnue à l'Administration ne doit pas se traduire par des dépenses inconsidérées. Le nouvel article 36 *quinquies* et le nouvel article 36 *sexies*, de deux points de vue, veulent restreindre les dépenses d'étude.

L'article 36 *quinquies* décide que le marché devra prévoir la possibilité d'arrêter l'étude soit à l'issue d'un délai déterminé, soit lorsque les dépenses atteignent un montant déterminé. L'alinéa suivant propose de scinder les études en plusieurs phases, chacune assortie d'un prix, le marché pouvant prévoir l'arrêt de son exécution au terme de chacune de ces phases.

Cet article officialise une pratique courante de la Direction centrale des Constructions et Armes navales dont les marchés d'étude importants étaient découpés en tranches, avec une clause permettant de mettre fin sans préavis au marché, à l'achèvement de l'une ou l'autre de ces tranches.

Cette méthode permet de limiter les dépenses si les premiers résultats ne confirment pas les espoirs mis dans cette recherche. L'Administration n'est pas, en ce cas, tenue de payer le bénéfice manqué comme s'il s'agissait d'une résiliation unilatérale.

L'article 36 *sexies* s'efforce d'assurer la sincérité des imputations budgétaires en posant qu'« aucune dépense afférente à un « marché d'étude ne peut être imputée sur les fabrications et « ouvrages ultérieurs », c'est-à-dire sur les crédits de fabrication. Cette affirmation peut signifier que les marchés d'étude doivent être passés dans la seule mesure où des crédits d'études ont été ouverts au budget ; elle peut également interdire les procédés divers tendant à faire rembourser à l'Etat une part des dépenses d'étude qu'il a supportées, dans le cas où, ultérieurement, des commandes seraient passées par des clients privés ou des états étrangers. Sous cette dernière forme, l'interdiction nouvelle pourrait présenter certains inconvénients. Il paraît plus conforme à la lettre du texte de se borner à la première interprétation qui ne constitue qu'un rappel des principes budgétaires.

C'est surtout sur le plan des droits de propriété industrielle que le décret du 3 août 1962 a introduit dans le décret du 13 mars 1956, un article nouveau qui retient l'attention. Le nouvel article 36 *septies* est ainsi rédigé :

« L'Etat dispose des résultats de l'étude pour ses besoins pro-
« pres et ceux des collectivités et organismes mentionnés par
« le marché ; celui-ci prévoit les droits réservés au titulaire dans
« le cas de fabrications et d'ouvrages réalisés à la suite ; les
« droits de propriété industrielle qui peuvent naître à l'occa-
« sion ou au cours de l'étude sont en principe acquis au titu-
« laire. Toutefois l'Etat peut se réserver tout ou partie de ces
« droits par une disposition du marché ».

Cet article semble à première vue contradictoire lorsqu'il affirme que l'Etat dispose des résultats de l'étude puis lorsqu'il attribue au titulaire les droits de propriété industrielle. On peut toutefois faire deux remarques. Il n'y a, sauf disposition contractuelle expresse, pas de copropriété des résultats entre l'Etat et le titulaire ; l'Etat n'a donc pas à être consulté par ce dernier qui désirerait utiliser à son gré les droits de propriété industrielle. Toute clause contraire peut exister. On peut mentionner le cas où la fourniture aurait un caractère secret, et toute transaction commerciale s'y rapportant devrait avoir été préalablement autorisée par le Ministre des Armées. On peut également prévoir une clause attribuant à l'Etat la propriété des brevets, dessins et modè-

les ; une telle clause peut se rencontrer dans l'hypothèse où l'Etat a supporté la totalité des dépenses d'études et où les services techniques de l'Etat ont participé étroitement au déroulement de l'étude. On pourrait enfin prévoir en ce cas une clause de copropriété.

On peut, d'autre part, remarquer que le droit dont dispose l'Etat est, aux termes de l'article 36 *septiès*, limité par les droits que le marché réserve au titulaire dans le cas de fabrication et d'ouvrages commandés après l'achèvement de l'étude. La portée de la première phrase de l'article 36 *septiès* semble ainsi être la suivante.

L'Etat dispose des résultats de l'étude, ce qui englobe le dossier d'étude, les brevets nés de l'étude et les enseignements non brevetables, qu'il s'agisse des modèles et dessins déposés ou du « know-how » qui complète les brevets. Il peut donc les utiliser librement pour ses besoins propres sous les deux réserves suivantes :

Si d'une part l'utilisation ainsi faite par l'Etat conduit à fabriquer ou faire fabriquer un matériel découlant du marché d'étude ou de prototype, cette fabrication ne peut se faire qu'en respectant les droits réservés au titulaire par le marché. On retrouve ici en pratique les dispositions prévues par le Titre VI du Cahier industriel, et plus spécialement celles qui concernent le droit de reproduction.

Si d'autre part l'utilisation des résultats de l'étude se trouve protégée par des brevets pris par le titulaire à la suite de l'exécution du marché, l'Etat pourrait devoir payer une redevance au titre de ses brevets. En pratique, une clause contractuelle sera insérée pour éviter que l'Etat ne paie une redevance pour utiliser des brevets nés au cours d'une étude dont il aura antérieurement supporté le coût.

La portée du décret du 3 août 1962 est ainsi limitée. Ce décret définit la règle applicable dans le silence du marché ; il n'impose ni ne conseille de renoncer à la pratique antérieure suivie par l'Administration. Plus spécialement, il ne s'oppose nullement au système étudié par les Armées pour définir les droits et les devoirs des signataires d'un marché d'étude ou de prototype.

C. — LES DEVIS DE PRIX.

1° *Les textes.*

L'article 35 du Cahier des clauses administratives générales applicables aux Marchés industriels des Départements de la

Défense nationale (63) prévoit que « si l'Administration le « demande, les offres doivent être accompagnées d'un devis indi- « quant, pour chaque sous-ensemble entrant dans la composition « de l'objet du marché, les spécifications techniques et la valeur « du sous-ensemble considéré ».

Généralement, c'est l'Administration contractante qui, dans les marchés industriels, impose au fournisseur ses propres spécifications ; dans le cas contraire, elle n'accepte le matériel proposé que dans la mesure où il est prouvé que les caractéristiques de ce matériel lui permettent de s'intégrer dans l'ensemble commandé par le marché. Habituellement les devis ne font qu'une référence succincte aux spécifications techniques.

L'article 35 du Cahier industriel, identique à l'article 35 du Règlement Air 1714 B, énumère ce qu'on doit trouver dans un devis, mais il est possible d'en tirer une définition. Un devis est une présentation du prix demandé par l'industriel ; ce prix est décomposé, de façon estimative, en ses principales composantes, dépenses directes de salaires et de matières et frais généraux (ou charges indirectes). L'estimation qui est ainsi faite ne donne aucun droit à l'industriel à obtenir la révision d'un prix définitif, même s'il est prouvé que les estimations ont été dépassées par les dépenses réelles. Il arrive fréquemment toutefois que les devis présentés par les industriels ne fournissent pas les indications demandées par l'article 35. Il en est ainsi, notamment, lorsque la comptabilité analytique d'exploitation du fournisseur est fondée sur la division de l'entreprise en sections homogènes dont chacune possède un prix de l'heure de la main-d'œuvre directe qui englobe tout ou partie des frais généraux.

Aucun article du Cahier des clauses et conditions générales du 21 novembre 1932 ne prévoyait la production d'un devis. Le Règlement Air 1713, du 15 février 1946, prévoit la remise d'un devis lorsque des modifications sont apportées en cours d'exécution — c'est l'article 7 — ou lorsqu'il s'agit de marchés de réparation ou de modification — ce sont alors les articles 31 à 36. En 1932, en effet, les prix étaient généralement fixés par adjudication, ou du moins, le Cahier des clauses et conditions générales le supposait, et cela excluait la production d'un devis. Dans le système du Règlement Air 1713, l'exigence d'un devis n'est généralement pas nécessaire : l'article 2 du Règlement impose la tenue

(63) Article 35 du Cahier industriel de 1958, article 34 du Cahier de 1955.

d'une comptabilité conforme au plan comptable aéronautique, et cette comptabilité est soumise aux vérifications des agents de l'Etat. La production *a priori* d'un devis estimatif ne s'impose pas. Elle ne s'impose que dans des cas exceptionnels, lorsque l'Administration doit connaître, avec une approximation suffisante, le coût d'une opération avant de la lancer. C'est le cas des travaux de modification d'un matériel en cours de fabrication, c'est également le cas des travaux de réparation. Si ces travaux s'avèrent trop coûteux, l'Administration veut pouvoir y renoncer avant qu'il ne soit trop tard ; la production d'un devis permet d'y parvenir.

L'idée plus générale des prix sur devis se trouvait dans l'article IV de l'Instruction n° 1391 SEA du 13 mars 1951, étudiant le mode de rémunération d'une étude, abstraction faite de son succès. Cet article montre que l'on peut avoir intérêt à traiter à forfait, lorsqu'on dispose d'éléments assez précis pour décomposer à l'avance le prix demandé.

Le devis de prix peut être préparé par le fournisseur lui-même, et remis à l'appui de son offre de prix ; il peut également être établi par l'Administration.

L'article 35 décide, en son § 3, que le devis détaillé correspondant à l'offre retenue n'acquiert pas de valeur contractuelle, sauf disposition contraire insérée au marché. Le devis conserve ainsi son caractère de prévision et n'est pas normalement destiné à devenir un élément de contrat.

L'article 35 laisse à l'Administration le soin de décider si un devis sera réclamé, avec une nuance toutefois. Le § 1^{er}, en règle générale, laisse à l'Administration l'initiative de demander un devis. Le § 2, au contraire, pose en principe qu'un devis sera exigé lorsque le marché est passé de gré à gré. Toutefois, l'Administration peut apporter une dérogation particulière à cette disposition. Mais la production d'un devis est une obligation lorsque des modifications de caractère technique sont apportées en cours d'exécution du marché. L'article 46, § 2, dispose qu'« à « moins que la décision ne fixe un autre délai, le titulaire doit « fournir, dans les trois mois de la notification (de la décision « prescrivant les modifications), un devis détaillé indiquant la « majoration ou la réduction des prix à prévoir ». Cette règle s'inspire de façon évidente des dispositions du Règlement Air 1713.

De chaudes discussions ont eu lieu au cours de l'élaboration du Cahier industriel (64) pour savoir si l'exigence d'un devis

(64) Sous-Commission des Marchés Industriels, 2^e séance, 24 février 1950.

devait être une faculté laissée à l'Administration ou une obligation s'imposant à elle. C'est une solution transactionnelle qui a été retenue en France. Aux Etats-Unis, par contre, la production d'un devis est obligatoire dès lors qu'il s'agit d'un marché négocié.

2° *Le champ d'application des demandes de devis.*

L'article 35 permet d'exiger du fournisseur un devis, soit qu'un appel d'offres soit lancé, soit que l'Administration envisage de traiter de gré à gré. Si dans ce dernier cas l'utilité du devis est évidente, il n'en est pas de même dans la première hypothèse.

L'article 21 du Décret du 6 avril 1942 (65) prévoyait les conditions de la concurrence dans l'hypothèse d'un appel d'offres : il ne prévoyait pas la possibilité pour l'Administration d'utiliser à cette occasion des devis remis par le fournisseur. L'article 28, 2^e alinéa, du Décret n° 56-256 du 13 mars 1956 interdit à l'Administration de discuter avec les candidats après l'ouverture des offres, sauf dans l'hypothèse où plusieurs offres jugées les plus intéressantes sont tenues pour équivalentes. L'Administration peut alors faire préciser ou compléter la teneur des offres, mais cela seulement. Le respect strict de l'article 28 empêcherait l'Administration de tirer parti des renseignements contenus dans les devis demandés, au moins en ce qui concerne le marché en cours de préparation.

L'exigence d'un devis apparaît au contraire normale dans les marchés discutés de gré à gré et découle des conditions économiques de la production industrielle moderne. Les industriels ont toutefois, vis-à-vis de cette demande de l'Administration, une position nuancée.

Certains acceptent, comme allant de soi, de fournir un devis, spécialement, les industriels qui travaillent de façon continue pour l'Etat, plus particulièrement ceux qui ont des marchés de fabrication de très gros éléments, produits à l'unité ou en série très courte, et dont l'Etat ou les sociétés nationalisées sont les seuls clients. Il est juste d'ajouter que l'habitude de fournir un devis se répand. Ces devis sont parfois très détaillés : les commandes « off-shore » ont obligé les industriels qui les recevaient à fournir des justifications fouillées dans le détail, qui ont été produites finalement à l'Administration américaine. L'attitude de l'indus-

(65) Cet article 21 était entré en vigueur en vertu de l'article 52 du même décret.

triel varie évidemment selon l'importance du marché pour lequel ce travail administratif et comptable est exigé.

En règle générale cependant, les industriels sont hostiles à l'exigence systématique d'un devis. Ils rejoignent en cela les représentants de la Marine qui ont toujours insisté sur la nécessité de varier en fonction de chaque affaire concrète la nature et l'étendue des renseignements demandés au fournisseur.

Les industriels ont parfois fait remarquer que l'exigence systématique d'un devis entraînerait un travail énorme et des frais sans avoir la certitude d'obtenir le marché. Cet argument n'est pas entièrement convaincant. Il n'est guère pertinent lorsque le marché est discuté de gré à gré ; dans le cas d'appel d'offres, on a fait remarquer que « les industriels sont normalement obligés » de faire ce travail pour eux-mêmes afin d'établir leurs prix ; « il leur suffit en conséquence de fournir une copie de ce devis » pour l'Administration » (66). Il peut arriver également que si le prix a été établi selon les règles propres à l'entreprise le devis l'a été de manière à justifier, selon les règles administratives, les offres présentées.

Le coût du devis ne paraît pas une raison suffisante pour critiquer l'exigence de cette justification des prix. Le conseil National du Patronat Français a toutefois demandé (67) que le devis ne soit réclamé, dans un appel d'offres, qu'aux seuls fournisseurs susceptibles, après l'ouverture des offres, d'être retenus. Ceci est vrai plus spécialement lorsque les devis demandés doivent être détaillés : « Par ailleurs, l'établissement de tels détails entraîne » des dépenses considérables, qui ne sont justifiées que dans la « mesure où l'offre du soumissionnaire a des chances d'être retenue. Cet argument d'économie entre dans la ligne générale des » principes dont s'inspire le cadre du décret n° 53-405 du 11 mai » 1953 sur les marchés de l'Etat » (68). Satisfaction à cette demande a dans une large mesure été donnée au C.N.P.F., ne serait-ce qu'en raison de la réduction considérable du nombre des fournisseurs appelés à remettre leurs offres. Certaines sociétés, fournisseurs importants de l'Etat, se sont refusées à l'époque de l'élaboration du Cahier industriel, à fournir un devis à l'appui de leurs offres. Pour certaines d'entre elles, la suite a montré qu'une insuffisance grave de leur comptabilité industrielle expliquait dans une large mesure ce refus.

(66) Commission mixte des marchés de la Défense Nationale, 17^e séance, 23 juin 1953.

(67) Lettre du 5 janvier 1954.

(68) Lettre du 5 janvier 1954.

Souvent, les fournisseurs hésitent à remettre un devis qui peut être entaché d'erreurs grossières, et auquel l'Administration s'attachera pour discuter le prix des commandes ultérieures ou des modifications. L'utilité d'un devis est double. Le devis sert à analyser le prix demandé par l'industriel pour une fabrication donnée ; le commentaire de l'article 35 fait remarquer très justement que le devis engage l'industriel plus que l'offre pure et simple d'un prix global, car chacun des éléments du devis peut être discuté indépendamment des autres, mais le devis permet également de limiter l'incidence financière d'une modification demandée par l'Administration. On en revient au problème déjà rencontré : l'Etat n'a pas la même conception que l'industriel du coût des changements apportés aux plans et programmes initiaux. Il semble, du reste, que les Administrations de l'Etat soient insuffisamment informées des répercussions qu'entraînent des modifications et des conséquences financières qu'elles ont pour l'entreprise. Le secret des affaires aurait ainsi certaines conséquences fâcheuses pour les industriels eux-mêmes.

En pratique, les différents services demandent très souvent aux fournisseurs de remettre des devis de prix. Bien plus, l'article 35, § 4, a été interprété de la façon la plus large : le Conseil National du Patronat Français a demandé, le 5 janvier 1954, que seuls soient tenus de fournir un devis les sous-traitants et sous-commandiers agréés, c'est-à-dire admis en vertu de l'article 14 du Décret n° 53-405 du 11 mai 1953 à recevoir des paiements directs de l'Etat. En pratique les sous-traitants et sous-commandiers agréés sont ceux qui ont reçu l'agrément de l'Administration en vertu des articles 41 et 42 du Cahier industriel, et auxquels le titulaire est autorisé à s'adresser. Il arrive qu'un devis soit demandé à ces sous-traitants et sous-commandiers, sans que cette exigence soit systématique, lorsque l'importance de leur fourniture le justifie.

La production d'un devis caractérise les marchés industriels proprement dits et ne se retrouve pas dans les marchés commerciaux ; « ... lorsqu'il s'agit d'une fourniture de caractère commercial ou même de certaines fabrications qui, pour être particulières (aux Départements militaires) n'en sont pas moins courantes, non seulement l'exigence d'un devis est moins utile, mais elle est pratiquement impossible » (69), en raison notamment du nombre des marchés de l'espèce.

(69) Sous-Commission des Marchés Industriels, 36^e séance, 14 novembre 1951.

Lors de la préparation d'un marché industriel un devis sera de plus en plus souvent demandé à mesure que se poursuit la concentration des fournisseurs, le recul de la concurrence par les fusions de sociétés et les ententes. Il n'est pas exclu que cette tendance ne connaisse une certaine régression si la concurrence internationale du Marché Commun, par exemple, remplace la concurrence disparue à l'échelle nationale.

Le devis apparaît finalement comme la base même de la négociation d'un marché industriel. « L'industriel appelé à faire une proposition de prix procède en principe à l'établissement d'un prix de revient de prévision décomposé en ses éléments. En cas d'absence de concurrence ou de concurrence imparfaite, l'examen de cet état de prévision ou devis, constitue pour l'Administration le seul moyen de se rendre compte du caractère raisonnable ou non du prix demandé. Renoncer à cet instrument de contrôle pour le motif que dans certains cas, l'établissement dès le départ, d'un devis suffisamment serré est impossible (fabrications nouvelles par exemple) n'est pas une solution » (70).

En France cependant, l'analyse des devis n'a pas reçu une place prépondérante dans la réglementation. Le décret du 13 mars 1956 prévoit des limites de compétence ; il est muet sur la façon dont doivent être examinés les prix. Par contre, un décret entier est consacré aux contrôles exercés sur les marchés, sans du reste réussir à les énumérer tous.

Aux Etats-Unis, à l'inverse, la réglementation attache une importance extrême à définir les méthodes d'analyse et de critique du prix des marchés négociés (71). Le devis de prix se présente sous une forme relativement sommaire, car il doit nécessairement s'accompagner de documents certifiés par le fournisseur apportant des précisions sur la comptabilité et la gestion de l'entreprise. Il doit être affirmé, par exemple, que les frais inclus au devis ne comprennent aucune charge pour dépenses d'équipement déjà imputées à une autre commande ou sous-commande de l'Etat, ni pour amortissement de matériel appartenant à l'Etat, ni excédant certaines limites légales.

D'autres renseignements, très variés, doivent être fournis sur la production de l'entreprise, la cadence annuelle comparée à celle

(70) Commission mixte des marchés, 14^e séance, 12 juin 1952.

(71) Le Contrôleur général de l'Armée PAULHAC a fait en juin 1952 un exposé de la réglementation américaine des marchés négociés, devant la Commission mixte des Marchés de la Défense Nationale.

qui a servi de base à l'établissement du devis et à la répartition des frais généraux, les méthodes envisagées pour améliorer la productivité, la répartition du capital des filiales.

Le fournisseur doit certifier qu'il a respecté certaines règles sur les prix plafond, les heures supplémentaires, l'assiette des frais généraux et leur détermination. Un devis est ainsi un document solennel ; la violation de ces règles seraient sévèrement sanctionnée.

Les devis et les documents ou déclarations qui l'accompagnent sont soumis à un organisme de contrôle, l'« Army Audit Agency », qui vérifie que le devis est en conformité avec les écritures comptables du fournisseur et s'assure que les méthodes de répartition des frais généraux et d'extrapolation à la période d'exécution probable du contrat s'inspirent de « sains principes comptables » (72).

L'examen des devis et du dossier les accompagnant est alors remis au « Price Analyst », fonctionnaire spécialisé dans l'analyse des devis. L'examen du devis comporte essentiellement deux aspects, l'un est comptable, et consiste à voir si les principes d'une saine comptabilité ont été respectés, s'il n'y a pas de double emploi, de cascades injustifiées de frais généraux ; l'autre aspect est technique, le « Price Analyst » discute avec les services techniques d'un arsenal pour juger si les temps de fabrication sont correctement évalués et si les quantités de matières premières nécessaires ne sont pas surestimées.

L'analyse critique et approfondie des propositions des fournisseurs est, aux Etats-Unis, élevée au rang de principe fondamental de la fixation du prix des marchés négociés. Les méthodes d'analyse utilisée en France ne sont pas fondamentalement différentes de celles appliquées aux Etats-Unis, toutefois elles sont mises en œuvre par un personnel moins important et moins spécialisé.

En Grande-Bretagne, les marchés industriels sont également passés sur devis, et le cahier applicable aux marchés de fournitures (73) prévoit en son article 43 relatif à la fixation des prix non seulement que le contractant de l'Administration doit fournir un devis de prix, mais que ce devis peut être vérifié sur place et sur pièces avant même, semble-t-il, que le marché soit définitivement signé.

(72) Commission mixte des marchés, 13^e séance, 5 juin 1952.

(73) Standard Conditions of Government Contracts for Stores Purchases. Fors CCC/Stores/1, Edition September 1956.

En Allemagne fédérale, le problème des devis de prix n'a pas la même importance parce que, si aucun prix commercial ne peut être défini, les marchés sont passés sur la base des prix de revient contrôlés *a posteriori*.

3° *Le contenu et l'analyse des devis.*

Si le cahier industriel définit, par son article 35, ce qu'est un devis de prix, il ne précise pas la façon dont doit être établi ce devis, mais la pratique a comblé cette lacune.

Les devis de prix analysent le prix de la fourniture, le prix de vente toutes taxes comprises, en détaillant les dépenses directes de salaires et de matières, les frais généraux rapportés à ces différents postes, les frais généraux de siège affectés à la commande (74), le bénéfice et les impôts indirects, taxe sur la valeur ajoutée ou taxe de prestation de service. Le devis donne plus ou moins de précision ; tantôt, un devis unique est fourni, tantôt la fourniture est décomposée en ses principaux sous-ensembles. L'usage se répand également de demander qu'un devis distinct soit fourni pour la part de la fourniture qui est sous-traitée.

La discussion comporte plusieurs phases, qui correspondent aux composantes du devis. Le montant des dépenses directes s'exprime en nombre d'heures et en taux horaires, pour les salaires, en quantité de matières premières et en cours, plus souvent en un prix global, pour les matières. Une analyse technique du devis est effectuée. Elle doit conduire à un jugement porté à la fois sur la sincérité des estimations du temps et des produits nécessaires, ainsi que sur la qualification moyenne du personnel employé et sur la bonne organisation de la production. Un excès dans une estimation peut en effet être attribué à des causes diverses qu'il n'est pas généralement nécessaire de connaître pour critiquer le devis et en négocier la rectification. Une seconde analyse porte sur les cours des matières, sur les frais généraux d'approvisionnement, sur les taux de salaires et les frais généraux rapportés à la main-d'œuvre, sur les taux de « frais généraux généraux ». Cette phase est à la fois commerciale et comptable. Elle porte également sur le taux de bénéfice et de risque.

L'aspect comptable de la discussion est le plus connu. Le contrôle comptable exercé en vertu des lois sur le matériel de guerre

(74) Ces frais généraux de siège sont appelés « frais généraux généraux ».

ou en vertu des clauses contractuelles dérivées de l'article 34 du Cahier industriel du 7 mai 1958 permet de connaître la masse des frais généraux d'une entreprise au cours d'un exercice. Des taux de frais généraux rapportés aux éléments de base d'un devis et des taux de frais de siège peuvent donc être définis. Ces taux, établis par les soins des Contrôles des Fabrications de Matériel de Guerre sont diffusés par la Direction des Services Financiers et des Programmes aux différents services du Ministère des Armées. Ils présentent un caractère obligatoire pour la liquidation des marchés passés à prix provisoire et exécutés au cours de l'exercice pour lequel ces taux ont été établis. Ils n'ont plus, par contre, qu'un caractère indicatif dans les devis prévisionnels.

La discussion du devis entre alors dans une phase commerciale. Si le fournisseur et l'Administration avec lui, ne peut que constater les résultats financiers d'un exercice passé, il peut faire un effort pour réduire, à l'avenir, des taux de frais généraux excessifs. Il est vain d'essayer de faire pression de façon efficace sur un fournisseur à l'occasion de marchés de faible importance. Il n'en est pas de même lors de la négociation de contrats qui, par leur nature ou par leur montant, intéressent le fournisseur au point qu'il estime devoir faire un effort pour l'obtenir. Cette discussion est difficile. Elle suppose évidemment une parfaite connaissance, par le négociateur, des données comptables et des données économiques.

De même, la marge bénéficiaire est un des éléments du devis ; cet élément a le privilège d'être très en vue, et d'être chaudement discuté. Or, si la notion même de bénéfice mérite d'être étudiée, ce n'est pas dans le Cahier industriel qu'on trouvera les éléments de cette discussion, et nous aurons à rechercher s'il n'y a pas là un lacune du cahier.

4° *La valeur des devis.*

La valeur des renseignements à tirer des devis et l'efficacité du contrôle des prix qui en résulte n'est pas en rapport avec le caractère plus ou moins détaillé des devis. L'analyse d'un devis doit se faire par comparaison. Selon les éléments de comparaison dont on dispose, il est utile ou non que le devis entre dans le détail. C'est ainsi que les arsenaux fournissent, du moins pour les bâtiments de la Flotte, des renseignements qui facilitent beaucoup la discussion des prix ; les devis demandés aux Chantiers

de Constructions Navales peuvent donc être assez condensés (75). S'ils étaient détaillés, l'analyse ne pourrait être faite valablement avant qu'un regroupement des données n'ait été opéré : les méthodes de l'industrie privée et celles des arsenaux sont différentes, et des erreurs seraient commises ; ces erreurs deviennent négligeables lorsqu'on considère de grandes masses, les grandes subdivisions du prix d'une fourniture importante. Des contrôles *a posteriori* ont du reste montré le peu d'ampleur des marges bénéficiaires effectivement réalisées, ce qui tend à montrer que les discussions de prix ont été très serrées.

Cependant, l'efficacité profonde des devis a été contestée : « les postes d'un devis sont établis aux dires de l'industriel à 1/2 % près, et il suffit qu'un concurrent surgisse pour qu'on obtienne 20 % de rabais » (76).

Il est certain, en premier lieu, que la valeur qu'on peut accorder à un devis, même après une analyse sérieuse, n'est pas absolue. Elle dépend de la position économique du fournisseur, notamment de la concurrence, actuelle ou virtuelle. Il peut se faire, en certains cas, que le devis soit sciemment minoré, pour obtenir la commande, fût-ce au prix d'un bénéfice très inférieur au bénéfice apparent, éventuellement même, au prix d'une perte. Par ailleurs les postes les plus en vue, les plus offerts à la critique, telle la marge bénéficiaire, ne sont pas toujours les plus importants.

Surtout, des devis établis de façon sérieuse diffèrent fondamentalement les uns des autres selon la méthode employée pour la production, notamment selon la part faite à l'outillage et celle faite à la main-d'œuvre, selon l'importance des frais fixes vis-à-vis des frais proportionnels. Or, il ne semble pas qu'on puisse poser de règle abstraite permettant de dire si un procédé est en soi préférable à un autre ; il est nécessaire en effet, pour juger la valeur du procédé finalement proposé par l'industriel de tenir compte de la charge de ses ateliers, de ses machines, de voir l'incidence de tel ou tel procédé qu'il a retenu sur le prix et les délais. Les devis ne sont donc pas comparables entre eux.

Aussi l'analyse d'un devis est quelque chose de très aléatoire, même si elle est faite par un spécialiste connaissant parfaitement la fabrication d'un matériel analogue ou identique. C'est pourquoi, l'analyse des devis permet seulement d'obtenir certains résultats limités, qui ne remplacent pas totalement les effets de la con-

(75) Commission mixte des marchés, 14^e séance, 12 juin 1952.

(76) Commission mixte des marchés, 17^e séance, 23 juin 1953.

currence, et qui sont sous la dépendance étroite des renseignements économiques, techniques et comptables déjà possédés sur le fournisseur.

Mais il est possible, grâce à un devis de prix, d'éviter de payer une étude qui a été antérieurement commandée et payée par un autre Département ministériel à l'occasion d'un marché portant sur du matériel voisin (77). Les devis permettent aussi d'avoir une base pour discuter le supplément de prix provenant d'une demande de modification, pour négocier le prix d'une réparation, d'une commande de rechange ou d'une commande d'une quantité nouvelle de matériel.

Les devis de prix permettent de passer des marchés à prix forfaitaires, à défaut de concurrence, avec un espoir raisonnable que les marges d'erreur ne sont pas excessives. Lorsqu'il n'est plus possible d'établir un devis, ou lorsqu'on manque absolument de données pour critiquer celui qui est remis, il devient nécessaire de passer un marché en régie ou de traiter à prix provisoire.

D. — LES MARCHÉS SANS PRIX DÉFINITIF.

Les marchés sans prix définitif sont prévus par l'article 6, § 1, intégralement repris par l'article 6 du Règlement Air 1714 B :
« Le contrat peut prévoir que le prix fixé n'est valable que pour
« une tranche d'exécution et fera, éventuellement, l'objet d'une
« ou plusieurs redéterminations au cours de l'exécution pour le
« règlement des autres tranches.

« Lorsque, exceptionnellement, certain prix élémentaires ou
« certaines des modalités de leur détermination n'ont pu être
« prévus dans le contrat, celui-ci indique un prix provisoire qui
« peut être un prix plafond. Les prix définitifs ou les modalités
« de leur détermination sont fixés par avenant ».

L'institution des marchés à prix provisoire est une nouveauté dans les cahier des clauses et conditions générales. Il n'y a rien de tel dans le texte du 21 novembre 1932. Mais on ne peut pas en conclure qu'il n'y ait pas eu des précédents : la théorie de l'imprévision conduit à opérer une certaine redétermination de prix, et l'on a même pu analyser les formules de révision de prix comme une limitation de la part d'imprévision que devra payer l'Etat (78).

(77) Sur ce point, voir le rapport du Contrôleur de la Marine SAINT-GERMAIN, du 12 juillet 1960.

(78) Commission mixte des Marchés, 14^e séance, 12 juin 1952.

L'article 24 du Décret du 6 avril 1942 autorisait, à titre exceptionnel et en cas d'urgence, les Départements de la Défense nationale à traiter à prix provisoire avec les fournisseurs jouissant d'un monopole de fait, et acceptant de se soumettre au contrôle de l'Administration. De multiples conditions étaient ainsi posées mais la pratique interprétait de façon libérale les notions d'urgence et de monopole de fait ainsi que le caractère exceptionnel qui devait être conservé à l'usage de cette procédure.

C'est ainsi que l'article 3 du Règlement Air 1713 l'autorise de façon générale : « Les marchés peuvent être passés sous forme de lettre de commande à prix provisoire ».

Les dispositions de l'article 6 du Cahier industriel s'en inspirent directement. On a pensé, en effet, que l'industriel faisait payer très cher l'aléa qui résulte pour lui d'un prix déterminé à l'avance (79), notamment lorsqu'une grande imprécision règne sur une partie importante des postes du devis.

Cependant, tous les services n'ont pas eu recours aux marchés à prix provisoires de la même façon. Il semble qu'un large usage en ait été fait par la Direction technique et aéronautique, et un usage plus fréquent encore par la Direction des Etudes et Fabrications d'Armement où, à une certaine époque, la moitié des marchés industriels auraient été passés ainsi (80). Dans la Marine, s'il n'est plus fait mention de la condition d'un monopole de fait, la circulaire n° 7135 M/SA/Et du 21 décembre 1949 considère que les marchés à prix provisoires restent un procédé tout à fait exceptionnel.

Les marchés sans prix définitif peuvent revêtir plusieurs formes qui sont annoncées par l'article 6 du Cahier industriel.

Le prix peut n'être définitif — ferme et non révisable, ou forfaitaire mais révisable — que pour une tranche d'exécution ; ce prix fera éventuellement l'objet d'une ou plusieurs redéterminations au cours de l'exécution pour le règlement des autres tranches ; ce prix pourrait également être reconduit purement et simplement. Sous cette forme, le marché s'apparente au marché ordinaire suivi de la passation d'un acte additionnel pour augmenter l'importance de la fourniture ; toutefois, les avances seraient calculées d'après le montant provisoire de l'ensemble des tranches ; surtout, dans un tel marché, le prix peut être fixé par décision ministérielle, en cas de désaccord entre le titulaire et l'Administration.

(79) Comité de Rédaction, 28^e séance, 25 février 1953.

(80) Commission mixte des marchés, 15^e séance, 20 décembre 1952.

Le marché peut également être passé à prix provisoire. L'article 6 précise que cette procédure est exceptionnelle et qu'elle suppose l'impossibilité de définir certains prix élémentaires ou certaines des modalités de leur détermination. Le prix provisoire peut être un prix plafond. Les prix définitifs, ou du moins les modalités de leur détermination, sont fixés par avenant ; comme dans le cas précédent, une décision ministérielle intervient lorsque l'accord est impossible à réaliser.

L'article 36 du décret n° 56-256 du 13 mars 1956, modifié par l'article 6 du décret n° 59-167 du 7 janvier 1959 autorise les services passant des marchés pour les besoins de la Défense nationale à faire précéder les marchés à prix provisoire d'un échange de lettres. Ces lettres de commande doivent être régularisées par la passation d'un marché à prix provisoire ou définitif dans les trois mois.

Une forme des marchés à prix provisoire pourrait être cherchée dans les contrats assortis d'une clause de sauvegarde, insérée par les industriels pour se prémunir contre les effets du blocage des prix : en cas de variation des indices économiques de plus de n %, le contrat devait être intégralement renégocié. Ce type de marché n'a eu qu'un temps et n'est pas prévu par les dispositions permanentes qui sont celles du Cahier industriel.

Il ne faut pas confondre les marchés à prix provisoire avec les marchés à redétermination de prix : « Aux Etats-Unis, on paraît ne pas connaître le marché à prix provisoire. On passe des lettres de commande, mais ce ne sont que des actes essentiellement précaires : on doit aussi vite que possible aboutir à un marché sur devis qui peut toutefois comporter des formules de redétermination de prix. L'existence de contrats à clause de redétermination de prix permet de sortir de la lettre de commande, alors qu'en France on risque de s'éterniser sur un prix provisoire » (81).

La législation américaine connaît au contraire la renégociation des marchés : « La renégociation consiste dans la révision générale de toutes les affaires qu'un contractant a faites durant une année fiscale déterminée. Le but d'une telle opération est la détermination et la reprise des bénéfices excessifs ; ces derniers ont envisagés en bloc et non individuellement... La loi de renégociation est obligatoirement rappelée dans les contrats par

(81) Commission mixte, 12^e séance, 25 avril 1951. Exposé du Contrôleur général PAULHAC, Président.

« l'insertion d'une clause dite de renégociation » (82). Les lois de renégociation, apparues en 1942, visent la fourniture de matériel de guerre et sont restées des dispositions permanentes. Une commission administrative recherche l'accord du fournisseur sur le montant des bénéfices excessifs. De même qu'en France, en cas de désaccord, une décision administrative unilatérale intervient sous le contrôle d'un tribunal de l'ordre administratif.

L'institution de la renégociation légale des marchés pourrait avoir plusieurs significations : « ...avec le temps de paix et les « perfectionnements apportés dans les méthodes de détermination des prix, la renégociation tend vers un but assez différent du réajustement des prix du temps de guerre et se présente moins comme une institution strictement fiscale que comme un organe de collaboration active à la fixation du prix des contrats négociés » (83).

C'est là la position officielle : « Le rôle de la renégociation n'est pas de reprendre les profits excessifs, mais également de les prévenir. Il est de connaissance commune que la simple existence d'une autorité chargée de la renégociation incite fréquemment les contractants à fixer leurs prix de façon plus serrée qu'ils ne l'auraient fait autrement et ainsi évitent de se constituer des profits excessifs. L'économie qui en résulte pour le gouvernement est impossible à calculer » (84). Mais ce point de vue est fortement critiqué par les industriels : « Le Conseil de renégociation cherche à réduire les profits uniquement parce qu'ils sont des profits. Ainsi, il va directement à l'encontre des efforts du département de la Défense pour réduire les prix » (85). En fait, il est vraisemblable qu'un jugement valable sur la renégociation des marchés aux Etats-Unis ne saurait être porté sans préciser à quelle période il s'applique et à quels marchés. L'incidence de cette procédure sur les prix et les bénéfices, doit en effet être très différente selon l'état de la concurrence et celui de la conjoncture.

La France a connu des contrats où les bénéfices supérieurs à un certain taux devaient être renversés. Il en fut ainsi des con-

(82) Commission mixte, 14^e séance, 12 juin 1952. Exposé du Contrôleur général PAULHAC, Président.

(83) Commission mixte des marchés, 14^e séance, 12 juin 1952.

(84) Aviation Week, 4 août 1958. « Industry May Gain Renegotiation Change ». Déclaration de M. Thomas COGGESHALL, Président du Conseil de Renégociation du Département de la Défense.

(85) Même référence. Déclaration de M. ALLEN, Président des Industries Aéronautiques Boeing.

trats passés sur la contre-valeur des crédits « off-shore », dans lesquels une clause expresse limitait les bénéfices à 8 % et prévoyait le reversement de l'excédent.

Les marchés conclus sans prix définitif présentent un certain nombre de caractères communs. Ils doivent être étudiés de très près ; il serait, dans le cas contraire, très difficile de passer les actes additionnels fixant le prix définitif. Le marché initial lui-même doit prévoir comment sera déterminé ce prix et comment seront répartis les frais généraux, faute de quoi les difficultés deviendraient inextricables lors de la préparation des actes additionnels de régularisation.

Les marchés à prix provisoire ne répondent pas nécessairement à un besoin urgent, mais plutôt à l'ignorance dans laquelle se trouvent les deux parties, ou l'une d'entre elles, du prix de revient d'une fabrication nouvelle. C'est pourquoi, dans toute la mesure du possible, les marchés à prix provisoires doivent être des marchés sur devis ; le devis précisera sur quels postes l'on possède suffisamment de renseignements pour convenir d'un prix définitif, éventuellement révisable, mais défini dès la passation du marché initial ; mais le devis précisera également sur quels postes, faute de données suffisantes, on doit convenir seulement du mode de détermination du prix ; la fixation du prix est remise à une période ultérieure, par exemple après un commencement d'exécution de la fourniture.

Les marchés sans prix définitif impliquent un contrôle très approfondi par l'Administration, contrôle comptable, prévu par l'article 34 du Cahier industriel, contrôle technique également, permettant le cas échéant de vérifier aussi bien les temps passés que les matières dépensées au titre du marché.

Les marchés à prix provisoires ne sont enfin pas des marchés sur dépenses contrôlées. Le souci d'éviter le marché en régie a, au contraire, animé les rédacteurs de l'article 6 qui a inspiré ensuite les décrets de 1956 et de 1959. Il est essentiel en effet que, dans les marchés à prix provisoire, les bases de la détermination du prix soient indiquées et soient rendues contractuelles et surtout que le prix définitif soit fixé très tôt avant l'exécution de la fourniture, pour ne pas tomber dans les inconvénients graves des marchés en régie.

Dans la réglementation américaine, une large place est faite aux marchés sans prix déterminé par le contrat. Diverses considérations expliquent l'importance accordée à ce type de marchés. Le réglementation sépare de façon très nette les marchés avec

concurrence, dans lesquels le prix est fixé sans difficulté majeure, et les marchés négociés, où il n'y a pas de concurrence susceptible de renseigner sur les prix ; ces marchés négociés font l'objet d'une réglementation extrêmement détaillée et sont nécessairement passés sur devis, indépendamment des informations de prix que pourrait posséder par ailleurs l'Administration. Aux Etats-Unis, en effet, la fourniture de devis par les industriels est entrée dans les mœurs ; il est juste toutefois d'ajouter qu'en France on note un réel progrès en ce sens chez les industriels travaillant pour la Défense nationale.

Des raisons de circonstance ont joué également. Certains marchés ont constitué pour les bénéficiaires une part essentielle de leur chiffre d'affaires pendant plusieurs années, et l'Etat a pu facilement imposer contractuellement son contrôle. « Les affaires « de l'espèce représentent pratiquement de véritables associations « de fait ; or l'associé ne saurait normalement s'opposer à la « surveillance du commanditaire » (86).

Les marchés sans prix déterminé, aux Etats-Unis, ont un champ d'action plus large qu'en France, car ils débouchent sur la redétermination des prix. Ils supposent un contrôle de l'Administration et permettent à l'Etat de fixer unilatéralement, sous le contrôle du juge, le prix définitif en cas de désaccord (87). En France, ces marchés sont réservés au cas où le prix définitif ne peut être fixé ; aux Etats-Unis, ces marchés sont d'usage courant pour préparer la renégociation *a posteriori* des prix et des conditions financières contractuelles, « toutes les fois que des charges « aléatoires excessives seraient, sans cela, incluses dans le prix » (88).

Le négociateur du marché choisit alors entre six formules réglementaires, six clauses de redétermination de prix, dont l'effet est différent. Les premières clauses n'ont pas d'effet rétroactif, et permettent seulement à l'Etat d'obtenir un rabais lorsque la série s'accroît et que les coûts unitaires décroissent. Cette formule, très simple est utile notamment lorsqu'il est commandé des séries très longues, s'étagant sur plusieurs années. D'autres clauses prévoient une révision de prix éventuelle, si l'erreur commise sur le prix initial est importante. Des clauses propres aux marchés d'étude et de prototype sont à rapprocher des prix plafonds.

(86) Commission mixte des marchés, 14^e séance, 12 juin 1952.

(87) Contrôleur général PAULHAC, Commission mixte, 14^e séance, 12 juin 1952.

(88) Commission mixte des marchés, 14^e séance, 12 juin 1952.

La révision se fait en fin de marché et non par période. Enfin, une clause prévoit le cas où le prix de la marchandise est fixée par voie d'autorité (89).

Il est important de constater que ces clauses excluent toutes clauses de révision de prix en fonction d'indices économiques, lesquelles sont écartées de la réglementation américaine.

La différence essentielle entre les marchés à prix provisoire connus en France et les marchés avec clause de redétermination des prix, paraît résider dans la valeur qui peut être accordée aux devis de prix. Sous toutes réserves — une étude spéciale de ce problème s'imposerait pour pouvoir être plus affirmatif — il semble que les devis de prix engagent plus profondément les industriels américains que les industriels français. Les récentes attaques de certains industriels américains contre les clauses de redétermination des prix laissent supposer que l'Administration américaine avait largement profité des possibilités de réduire les prix provisoires portés aux contrats.

En France également, les industriels font des réserves très sérieuses sur les marchés à prix provisoires. Ils s'élèvent en premier lieu contre les marchés à prix provisoire plafond qui introduisent une disparité entre les deux contractants : l'industriel ne tire pas bénéfice de son activité s'il a travaillé pour réduire les prix de revient que ce soit par une modification ou une amélioration de la fourniture, ou par une meilleure organisation de son travail ; par contre, si la société a commis une erreur d'évaluation, elle en supporte la perte.

Une telle critique est en soi de peu de portée, si l'on ne sait pas comment sont fixés les prix plafonds eux-mêmes. Or, de l'avis même d'industriels, lorsqu'une telle limite est stipulée, le fournisseur s'efforce évidemment d'augmenter le prix initial, de façon à limiter ses risques, également dans l'espoir que le prix définitif sera plus élevé.

En fait, il ne saurait être question de porter un jugement sans nuance. A une certaine époque, et dans certaines branches économiques, les industriels français acceptaient de consentir un sacrifice sur les prix, plutôt que de se soumettre aux enquêtes comptables des contrôleurs (90). Il semble qu'actuellement les contrôles de prix soient acceptés avec moins de réticence.

Les prix provisoires n'ont pas la même signification selon que l'industriel travaille ou non souvent avec l'Etat, selon qu'il a

(89) Commission mixte des marchés, 14^e séance, 12 juin 1952.

(90) — d^o —

ou non l'habitude de la précision qui lui est demandée et de la complexité des marchés qui lui sont passés. Il reste qu'il y a dans la possibilité de passer des marchés sans prix déterminé une procédure qu'il peut être utile d'employer, mais dont l'effet réel ne peut être connu sans une étude générale, économique dans une large mesure, de l'entreprise intéressée et du secteur industriel dont elle fait partie.

*
**

Le Cahier industriel est né de la pratique des marchés passés par les directions techniques des départements militaires. Les innovations ont été apportées pour répondre à des problèmes précis posés par la passation ou l'exécution des marchés d'étude ou de fabrication du matériel militaire.

C'est moins un souci de construction théorique qui semble avoir animé les rédacteurs de ce cahier que le désir de reprendre, dans des documents administratifs préexistants, mais épars et fragmentaires, des règles éprouvées qui semblaient pouvoir être généralisées.

Cependant, cette généralisation n'a parfois été possible qu'en négligeant certains aspects de la réalité technique et économique ; elle se traduit alors par un moindre rendement ou par une élévation des prix. C'est pourquoi la pratique administrative a mérité d'être étudiée. Elle montre la nature et l'utilité des assouplissements qu'il faut apporter au texte, elle révèle certaines divergences dans l'interprétation et l'application du Cahier industriel compte tenu de la diversité des faits réels.

Ce cahier s'est efforcé d'être complet, de former en lui-même un abrégé de la réglementation des marchés. La lecture devrait fournir, à l'industriel qui s'y livrerait, l'essentiel de ce qu'il doit savoir sur les marchés de l'Etat.

Et cependant, certaines lacunes peuvent être trouvées dans le texte de 1955 ou celui de 1958.

CHAPITRE V

Les lacunes du cahier industriel

La rédaction d'un cahier des clauses administratives générales ne peut être féconde que si une idée directrice préside à cette œuvre ; mais encore faut-il que cette idée soit proportionnée aux possibilités de cette technique juridique. Si un cahier peut être un moyen de faire progresser le droit administratif des marchés, deux limites impérieuses ne sauraient être oubliées.

Les écrits évoluent moins facilement que les usages et l'avantage de la clarté et de la précision est compensé par les entraves apportées aux changements qui permettraient au droit administratif d'évoluer insensiblement pour s'adapter aux données de fait. D'autre part, le rôle d'un cahier n'est pas de réformer le droit des marchés. C'est là le domaine des décrets et des textes réglementaires divers, souvent minutieusement étudiés, parfois improvisés. Mais un cahier nouveau, s'il ne peut prétendre réformer, peut du moins apporter, dans le respect des principes généraux posés par les textes réglementaires, des innovations de détail assurant la liaison entre les nécessités de la pratique administrative et le caractère abstrait et général des règlements.

Les apports du Cahier industriel, qui viennent d'être analysés, ont suffisamment montré la richesse du contenu des articles nouvellement insérés et des institutions préexistantes auxquelles se réfèrent ces articles. Par eux, le Cahier industriel a fourni une base écrite à des pratiques administratives diffuses et a permis, en officialisant ces usages, de les rendre en fait plus fréquents, plus systématiques dans le droit positif dont ils constituent un

élément essentiel. Il était paradoxal d'étudier ce droit dans les décisions de la juridiction administrative, car l'action en justice dénote avant tout que le service n'a pas fonctionné correctement ; il n'est pas certain *a priori* que, dans l'hypothèse inverse du bon fonctionnement, les Administrations pratiquent les règles que posent les décisions de justice.

C'est à bon droit que les auteurs du Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés industriels de la Défense nationale se sont assignés une tâche limitée et raisonnable : donner un exposé condensé, à l'usage des industriels, de la réglementation des marchés.

Mais, dans la mesure même où ce but a été dépassé, le lecteur du cahier est sensible à certaines lacunes qu'il ne songerait pas à reprocher si le cahier n'avait pas apporté sa part de création originale du droit positif. Certains problèmes n'ont été qu'effleurés, d'autres ne l'ont pas même été. Et le cahier n'apporte pas de réponse aux questions posées par la crise du droit des marchés.

I. — Les problèmes non résolus : la détermination du prix et des bénéfices.

A. — LE CAHIER INDUSTRIEL.

Le problème classique de la détermination du prix de la fourniture a seulement été abordé par le Cahier industriel. Il ne pouvait en être autrement, car la détermination du prix déborde largement le droit des marchés publics. Il était bon, toutefois, que sans prétendre régler cette question, le Cahier industriel y apportât sa contribution.

Certaines dispositions du Cahier industriel du 7 mai 1958, concernent la détermination du prix, mais les règles posées sont fragmentaires et sommaires : tous les aspects ne sont pas abordés, et les points étudiés n'ont été qu'effleurés.

Deux articles jouent un rôle différent.

L'article 6 rappelle quelques règles très générales dont l'une est fondamentale : « Les conditions de prix convenues, c'est-à-dire « l'indication dans le contrat soit de prix forfaitaires, fermes ou « révisables, soit seulement des modalités de détermination des « prix, sont définitives ».

On peut voir dans cet article la condamnation définitive de toute augmentation de prix fondée sur l'imprévision, économique ou technique, mais des clauses aussi générales ne sont pas d'un grand poids, et le caractère définitif du prix n'a plus la portée qu'il a possédée dans le passé.

Le dernier paragraphe de l'article 6 concerne un cas particulier, mais constate qu'une discussion sur une révision de prix, annoncée mais non chiffrée par le marché, ne saurait en aucune façon suspendre l'exécution du contrat. Cette disposition ne peut être interprétée que comme une application particulière d'un principe général interdisant au fournisseur d'interrompre l'exécution de ses obligations pour faire pression sur l'Administration. Sans qu'il ait été besoin de le préciser dans l'article 6, les sanctions contractuelles pourraient être appliquées si le fournisseur agissait ainsi.

A côté de ces règles générales, l'article 6 donne certaines précisions sur le mode de fixation définitive du prix en cas de désaccord lorsque le prix n'est pas déterminé, en tout ou en partie, dans le marché. Il prévoit — mais une clause particulière du contrat serait nécessaire — qu'un seuil de sauvegarde peut être stipulé, au delà duquel la révision du prix ne se fait pas selon la formule de révision de prix, mais par une nouvelle négociation avec le fournisseur. L'article 6 rappelle à cette occasion que ceux des éléments du devis de prix qui restent inchangés servent de base à la discussion du nouveau prix : la règle selon laquelle le devis de prix peut être utilisé élément par élément, et non pas seulement comme une unité, est ainsi confirmée par le texte de l'article 6.

Enfin, quelques indications sont apportées par cet article sur les conditions dans lesquelles peut jouer une formule de révision des prix. Ces dispositions n'ont pas recueilli l'accord du rapporteur qui était « opposé à ce que l'on précise dans le C.C.A.G. que « la valeur finale des paramètres est fixée en fonction des délais contractuels ou des délais réels, s'ils sont plus courts, car il « arrive souvent que l'éventualité inverse se produise, à savoir « que ce sont les délais contractuels qui sont fonction de la date « d'arrivée des approvisionnements » (1). Cette critique a surtout de l'intérêt en période de pénurie, toutefois, on peut admettre que le cahier ne peut être exagérément surchargé, et conclure avec le rapporteur que « la seule idée fondamentale à préciser « dans le C.C.A.G. est que la détermination de la valeur finale

(1) Sous-Commission des Marchés industriels, 49^e séance, 17 juin 1952.

« des paramètres ne peut être postérieure à la date contractuelle
« de livraison ou à la date réelle, si les délais sont plus courts »
(2).

L'article 35, intitulé « Etablissement du prix », ne contient pas de règle de fond, mais précise quand et comment sont demandés des devis de prix.

Les articles 6 et 35 du Cahier industriel sont complétés par le Commentaire, notamment celui qui est relatif à ce dernier article. Il est précisé que le prix de revient comprend les matières et produits à utiliser, le coût de la main-d'œuvre directe de fabrication, les frais de fabrication (par exemple, les dépenses d'encadrement de la main-d'œuvre, les frais d'outillage, de chauffage, etc.) et les frais généraux de l'entreprise qui « englobent généralement l'ensemble des frais commerciaux, administratifs et « financiers de l'entreprise », sauf à écarter certains d'entre eux, tels que les dépenses de publicité qui n'intéressent pas les fournitures destinées à l'Etat. Ce texte pose ainsi le problème des charges financières calculées, sans apporter par lui-même un élément nouveau à une question vivement controversée. De même, le Commentaire n'innove pas par rapport aux textes antérieurs en ce qui concerne le mode de détermination du bénéfice.

C'est donc à ces textes qu'il faut se référer pour essayer de connaître le droit positif des marchés industriels. Le cahier de 1958 n'a pas réussi, sur ce point, à réaliser la synthèse de tous les aspects du régime juridique des marchés industriels. Il y a à cela une explication évidente, le caractère particulièrement mouvant de la législation des prix qui repose sur des principes spécialement incertains.

B. — LA RÉGLEMENTATION DES PRIX.

1° *Le régime des prix.*

La réglementation des prix des fournitures industrielles se présente dans ses textes les plus généraux comme faite de textes de circonstance destinés à assurer le blocage et le contrôle des prix plus que la formation rationnelle du prix des marchés négociés. La réglementation française diffère sur ce point de celle qui existe aux Etats-Unis ou en République fédérale allemande. Il ne convient pas d'étudier ici le blocage des prix qui, à certains

(2) Sous-Commission des marchés industriels, 49^e séance, 17 juin 1952.

égards, dépasse largement le problème des marchés industriels dont il ne considère par ailleurs que certains aspects très limités.

Les textes réglementant les prix fixent d'ordinaire un plafond sans faire une obligation de traiter à ce niveau de prix qui n'est qu'un maximum.

Mais ces textes sont souvent fragmentaires, rédigés pour limiter les effets de l'inflation, ils se présentent souvent comme des exceptions, parfois à caractère temporaire. La masse de ces textes ne forme pas un tout cohérent qui serait à la disposition des négociateurs des marchés industriels. On ne peut généralement pas y trouver les principes à respecter pour la détermination rationnelle des prix de revient et des prix de vente.

Cependant, l'arrêté ministériel n° 14.160 du 6 octobre 1946, pris en application de l'ordonnance n° 45.1483 du 30 juin 1945, précise le mode d'établissement des prix des industries mécaniques et électriques. Cet arrêté est toujours en vigueur dans ses dispositions générales, bien que de multiples décisions fragmentaires soient venues modifier tel ou tel des principes qu'il posait, sans du reste avoir toujours respecté la règle du parallélisme des formes.

L'arrêté n° 14.160 du 6 octobre 1946 classe les produits industriels en cinq groupes : les produits dits catalogables, les produits dérivés des fabrications catalogables, les produits de fabrication suivie, les produits fabriqués sur devis et les produits fabriqués en régie. Les trois premiers groupes concernent des fabrications qui se font sur une grande échelle, et qui conduisent à produire une grande quantité d'articles identiques ou très voisins les uns des autres. Les produits fabriqués sur devis, forment le groupe le plus intéressant du point de vue des marchés industriels, avec le groupe des produits fabriqués en régie.

L'article 18 de l'arrêté du 6 octobre 1946 définit limitativement les éléments qui peuvent entrer dans le prix de vente d'un produit fabriqué sur devis, les dépenses directes, les frais généraux, les frais financiers réels ou calculés, la marge de risque ou la marge bénéficiaire, les taxes indirectes, les frais d'études d'outillage, de matériel, de mise en route et de modèles spéciaux. Aucune annuité pour renouvellement des stocks, aucune annuité pour renouvellement du matériel ne peuvent être incorporées au prix sous peine de faire double emploi avec les postes précédents. L'arrêté du 6 octobre 1946, est un texte de blocage et de contrôle des prix ; ce n'est pas un guide à l'usage des services passant les marchés, et cela explique qu'influencé par les politiques des prix

il n'ait pas été modernisé et, faute d'avoir suivi l'évolution de cette matière difficile, il se soit trouvé quelque peu démodé face, d'une part, aux arrêtés, décisions et « lettres finances » intervenus dans le domaine des prix, face, d'autre part, à l'extension des marchés sur devis et à l'analyse plus poussée des prix industriels à laquelle se livrent maintenant les Administrations.

« Il n'y a pas de texte qui traite réellement de la difficile « question des marchés négociés » (3). On a signalé cependant l'existence du rapport de la Commission chargée de fixer le régime fiscal applicable aux bénéfices des entreprises travaillant pour la Défense nationale (4). Mais ce rapport répondait à une intention bien particulière, faire disparaître les profits excessifs des fournisseurs travaillant pour la Défense nationale, au moyen d'un prélèvement progressif. Il cherche par conséquent avant tout à déterminer le bénéfice. La critique d'une telle méthode n'est plus à faire. Elle conduit à décourager les industriels, qui n'ont plus intérêt à réduire les frais généraux, ni à lutter contre les dépenses inutiles — bien au contraire — puisque le bénéfice autorisé est fixé par un pourcentage des dépenses. L'idée de limiter le bénéfice à un taux déterminé masque le problème fondamental de la détermination du prix lui-même ; le prix n'est connu qu'avec une marge d'erreur qui peut être considérable ; réduire à l'extrême le taux de bénéfice incite les fournisseurs à gonfler les estimations qu'ils font de leurs dépenses directes, et le service est ramené au problème initial de la discussion d'un devis.

S'il n'existe pas de texte général, certains services ont élaboré une réglementation intérieure. Mais ces textes n'ont pas toujours donné les résultats qu'on pouvait en attendre. La comptabilité des entreprises est trop profondément différente d'un fournisseur à un autre ; un règlement, destiné par sa nature à s'appliquer à tous, peut être justifié dans un cas et non dans l'autre. Un règlement trop strict est ainsi un facteur de hausse des prix, et c'est sans doute là qu'il faut chercher la raison pour laquelle ces règlements n'ont pu être systématisés dans leur Administration d'origine, ni *a fortiori* étendus à d'autres services.

Des décisions sont toutefois intervenues sur des points particuliers.

Une question toujours actuelle est celle de la rémunération des capitaux propres du fournisseur, les industriels tiennent à ce

(3) Commission mixte des marchés, 20 décembre 1952, 15^e séance.

(4) Rapport publié au *Journal Officiel* du 6 août 1939, p. 9971.

que les charges financières calculées, c'est-à-dire l'intérêt du capital engagé (5), soient incluses dans les devis et figurent dans les frais généraux au même titre que les frais financiers réels, c'est-à-dire les intérêts versés aux banques, les agios, les intérêts des comptes courant et des emprunts, et enfin les frais de banque.

Les industriels ont noté avec satisfaction que l'article 18 de l'arrêté n° 14.160 du 8 octobre 1946 (6) inclut, parmi les éléments composant le prix limite de vente d'un produit fabriqué sur devis : « les frais financiers réels et les charges financières calculées... ». De même, l'Instruction n° 1195 C.C.T.I., du 19 décembre 1946 fait entrer « les frais financiers calculés » parmi les dépenses de frais généraux qui entrent dans le décompte du prix de revient commercial (7). Mais ni l'arrêté du 8 octobre 1946, ni l'instruction du 19 décembre 1946 n'ont fixé le taux de la marge bénéficiaire et de risque qu'il est convenu de payer à l'industriel.

L'arrêté n° 19.413 du 19 juillet 1948 (8) a fixé certains de ces taux : 4 % pour les industries des métaux, 5 % pour l'outillage et l'optique, 7 % pour les machines-outils et la grosse et la moyenne mécanique, 8 % pour l'électronique, à l'exception des marchés de série de matériel simple. Mais il convient de noter que ces taux ne sont que des limites supérieures, ainsi qu'il résulte de la combinaison de l'article 8 de l'arrêté n° 19.413 et de l'article 18 de l'arrêté n° 14.160. De même, ces arrêtés ont seulement permis d'inclure certains éléments dans le prix de revient, mais n'en ont jamais fait une obligation.

C'est pourquoi, le Ministre de la Défense nationale a pu prendre, en conformité avec ces arrêtés, certaines décisions précisant dans quelles circonstances, dans quelle mesure, et sous quelles conditions, les charges financières calculées peuvent être retenues comme un élément du prix de revient d'une fourniture exécutée sur devis.

La décision ministérielle n° 1226 SEA du 14 mai 1954 a donné aux services chargés de déterminer *a posteriori* les prix de revient et les bénéfices réalisés dans les marchés de fourniture de matériel

(5) Selon les termes de l'Instruction sur le contrôle des prix des matériels de Télécommunications, n° 1195 CCTI du 12 décembre 1946.

(6) Publié au *Bulletin Officiel du Service des Prix* n° 40 du 11 octobre 1946.

(7) Le prix de revient commercial est égal au prix de revient usine majoré de la part des frais commerciaux, administratifs et financiers que supporte la commande, l'ensemble de ces frais constituant les « frais généraux généraux ».

(8) Publié au *B.O.S.P.* n° 39 du 13 août 1948.

de guerre des directives, et a prescrit d'exclure du calcul de ce prix les charges financières calculées. Cette décision ne vise pas le problème de la détermination du bénéfice inclus dans les devis prévisionnels établis avant la signature du marché.

La note n° 4.228 CAB/CTI du 8 décembre 1955, a posé deux principes. Lorsque la détermination du prix d'une fourniture, d'après les dispositions du marché, est faite *a posteriori*, la rémunération des capitaux propres n'est pas au nombre des dépenses constituant le prix de revient, à l'inverse des charges financières réelles. Lorsqu'au contraire la détermination du prix est faite *a priori*, soit à titre provisoire, soit à titre définitif, la rémunération des charges financières aussi bien calculées que réelles est incluse dans le prix de revient, à condition qu'elle ne serve pas par ailleurs à justifier la marge bénéficiaire.

Rien ne définit, dans ces textes comment le bénéfice doit être calculé. Par lettre n° 5.210 CAB/DN/SEA du 1^{er} avril 1956 adressée aux Secrétaires d'Etat aux Forces Armées, le Ministre de la Défense nationale a décidé de surseoir provisoirement à l'application de la note n° 4.228 en dehors de l'industrie électronique où les charges financières calculées étaient déjà considérées comme un élément du prix de revient. On peut noter en passant que la réglementation accorde un traitement plus favorable à une industrie jugée essentielle pour la Défense nationale, mais qu'une explication peut être trouvée dans le blocage des prix qui a pesé lourdement sur cette industrie. En contrepartie, la lettre du 1^{er} août 1956 s'efforce de limiter le taux de la marge de risque et de bénéfice ; elle pose en principe que les marchés de fabrication ou série ne devraient pas dépasser un taux de bénéfice de 4 % ; par ailleurs, les marchés d'étude et de prototype devraient ne comporter qu'une marge inférieure à 8 % étant admis cependant qu'une indemnité serait accordée en cas d'abandon de la commande de série. La lettre du 1^{er} août 1956 rappelle enfin que la marge doit être négociée avec le fournisseur et ne peut atteindre les taux maximum que si le fournisseur a contribué sur le plan technique ou économique au développement de l'armement, a toujours exécuté avec fidélité et sincérité ses contrats, a entretenu de bonnes relations avec le service public.

Ce texte s'étant révélé d'application difficile, la lettre n° 4.026 DN/DSFP/SEP a rappelé que les devis prévisionnels des marchés de fourniture de matériel de télécommunications pouvaient incorporer les charges financières calculées, sauf à n'y admettre qu'un

taux de bénéfice soigneusement discuté, et inférieur au maximum de 8 %.

2° *Le blocage des clauses de révision de prix.*

Le blocage des prix, plus spécialement lorsqu'il a revêtu la forme du blocage des formules de révision de prix insérées dans des marchés signés, approuvés et notifiés, a perturbé profondément les idées admises sur la force obligatoire des contrats.

La théorie de la mutabilité des marchés publics impliquait une contrepartie financière à toute modification unilatérale du contrat. Le blocage des formules de révision de prix a consacré le pouvoir de l'Etat de renier purement et simplement les engagements financiers souscrits, en se bornant à payer le prix de base inscrit au marché sans payer le montant de la variation des prix.

Les mesures de blocage des clauses de révision de prix ont été tournées très rapidement, par l'institution de clauses de sauvegarde, en vertu desquelles le marché était automatiquement résilié lorsque la variation des indices atteignait un certain seuil.

La circulaire n° 98-11 du 11 décembre 1956, émanant de la Direction générale des prix, a reconnu la légalité des clauses de sauvegarde : l'Etat ne trouvait plus de fournisseurs acceptant de prendre les risques financiers d'un marché sans être couverts par une formule de révision des prix. Elle a précisé les limites dans lesquelles pourrait être négociée la poursuite du marché résilié ; en fait, elle admettait le libre jeu des formules de révision de prix.

Mais l'atteinte portée, par l'Etat lui-même, au principe de la force obligatoire des contrats a été d'autant plus grave qu'elle a porté sur le prix, et qu'il importe justement à l'Etat que le prix contractuel ne soit pas remis en question.

Les industriels ont fait remarquer que les clauses de sauvegarde n'ont été autorisées que par une simple circulaire de la Direction générale des prix. Le Cahier industriel de 1958 est resté muet sur ce problème fondamental et n'est pas en harmonie avec la réglementation des prix. Le silence du cahier s'explique cependant. Les principes généraux du droit des marchés publics, aussi bien que ceux du droit des contrats privés, reconnaissent la force obligatoire des engagements contractuels, dans certaines limites. Le blocage des clauses de révision de prix a, sans conteste, excédé ces limites, et le droit positif n'est plus en harmonie avec la théorie juridique. Les rédacteurs du cahier ont cependant hésité

à consacrer la théorie juridique qui rendrait compte de cet aspect nouveau du droit des marchés, voulant espérer que les mesures de blocage ne constituent qu'un expédient provisoire et non l'expression d'un nouveau principe.

C. — LES USAGES.

Une réglementation aussi complexe que celle des prix et du bénéfice ne saurait être étudiée en faisant abstraction des usages et de la pratique suivie par les services. Les travaux des Commissions qui ont préparé le Cahier industriel fournissent de nombreux renseignements apportés par les représentants des différentes directions, à l'appui des thèses qu'ils essayaient de faire prévaloir. D'autres renseignements proviennent des documents administratifs, ainsi que des conversations avec des spécialistes de ces questions. L'ensemble de ces données permet de dégager un certain nombre d'usages très généralement respectés.

1° *L'insertion de clauses de révision de prix.*

Il apparaît que l'insertion de clauses de révision de prix est une nécessité certaine, sauf en des cas très limités. En Grande-Bretagne, il n'existe pas de clause automatique de révision des prix en fonction d'indices économiques, mais un système différent permet de parvenir à un résultat analogue : si les prix sont en principe invariables, le fournisseur est admis à faire la preuve qu'il a dû payer plus cher qu'il n'était prévu la main-d'œuvre, les matières premières et les sous-contrats nécessaires à l'exécution du marché. Le titulaire du marché doit se prêter en ce cas à un contrôle comptable, et n'a jamais l'assurance d'être remboursé de la totalité de la variation du prix. Une discussion a lieu entre les représentants de l'Administration et le fournisseur pour déterminer l'importance de l'ajustement de prix qui sera concédé. L'Administration vérifie que les prix effectivement payés par l'industriel, que les salaires qu'il verse réellement sont justes et raisonnables, faute de quoi l'augmentation de prix qui en résulte ne serait pas remboursée par la collectivité publique. Il est à noter que la « raison », en droit anglais, ou « les pratiques raisonnables », constituent une notion juridique, d'ailleurs difficile à définir, et qui pourrait être sanctionnée par les tribunaux. En l'espèce, la référence à la « raison » est pour la collectivité publique le moyen d'éviter de payer, pour l'exécution d'un

contrat, des sommes excessives en cas de hausses de prix ou de salaires qui ne seraient pas pleinement justifiées. Cette procédure du droit anglais est beaucoup plus nuancée que la pratique française des clauses de révision de prix liées à des indices publiées au *Bulletin Officiel* du Service des Prix.

Cependant, en France, la formule de révision des prix, telle qu'elle est pratiquée, apparaît comme une garantie pour les finances publiques même dans une période où la monnaie serait stable. L'insertion d'une formule de révision des prix dissuade les fournisseurs d'inclure dans leurs devis de prix une ou plusieurs marges de risques, occultes, pour se prémunir contre une éventuelle dépréciation monétaire.

Les clauses de révision de prix sont entrées dans les usages, et l'on sait que les usages l'ont emporté sur la réglementation lorsque cette dernière a prétendu interdire l'application de ces clauses. Il est intéressant de noter que la réaction des industriels au blocage des clauses de révision de prix ne s'est pas placée sur le terrain du respect des clauses contractuelles et des engagements financiers : la partie eut été perdue d'avance. La réaction s'est faite plus brutalement, en renonçant à conclure des contrats qui n'auraient pas accordé la résiliation, automatiquement, comme mesure de sauvegarde. Leur position, pour négocier la reprise des marchés, était une position de force : seul le titulaire du marché résilié était à même d'en poursuivre l'exécution dans des conditions financières satisfaisantes.

Entré dans les mœurs, le système des clauses de révision de prix suppose ainsi que des mesures de blocage ne viennent pas entraver le jeu des formules contractuelles de variation des prix, ni de façon directe, ni par une modification des indices économiques publiés.

Il suppose également qu'une entière liberté d'appréciation soit laissée aux services pour rédiger une formule de révision de prix qui soit adoptée aux marchés qu'elle concerne. De fait, il a fallu rapidement admettre que certaines formules, publiées de façon officielle, n'avaient aucun caractère obligatoire et qu'elles étaient seulement proposées aux services chargés de la passation des marchés (9). Les formules doivent pouvoir être adaptées aussi bien au matériel commandé qu'aux conditions d'exécution des marchés.

(9) Sous-commission des marchés industriels, 18^e séance, 5 avril 1951.

2° *La notion de bénéfice.*

Il est difficile de préciser la notion de bénéfice, mais l'on peut affirmer que le bénéfice ne peut pas être étudié indépendamment du prix lui-même. Il est vain, en effet, de discuter sur le taux du bénéfice, la discussion porte alors sur quelques unités pour cent, lorsque les dépenses directes de salaires et de matières premières ne sont connues qu'avec une précision insuffisante. Une attitude trop stricte conduit les fournisseurs à reporter sur celles des dépenses directes qui sont mal connues la partie du prix qu'on prétend leur refuser. Il en résulte, entre autres conséquences, qu'il est inopportun de ne pas accorder une marge bénéficiaire raisonnable sur un marché d'étude ou de prototype, dans lequel l'incertitude sur les données de base est considérable et évidente.

Il est illusoire de tenter de remédier à cette insuffisance des renseignements qu'ils apportent en comparant entre eux les devis de plusieurs fournisseurs, car un devis reflète les méthodes industrielles employées, et ces méthodes diffèrent profondément d'une entreprise à l'autre. Au sein même d'une entreprise, les méthodes peuvent varier selon l'ampleur de la série commandée, également selon les délais dans lesquels la fourniture doit être livrée, sinon en totalité, du moins en ce qui concerne les premiers lots (10).

Le bénéfice ne saurait être étudié indépendamment de l'aspect économique de la production, car prix et bénéfice n'ont pas la même signification dans tous les marchés industriels. Ou bien, en effet, l'entreprise vit indépendamment de l'Etat qui n'est qu'un client parmi d'autres, dans un secteur où règne une certaine concurrence. Le souci de réduire les prix sera alors une préoccupation importante des services chargés de passer les marchés. Ou bien, au contraire, l'entreprise est très liée à l'Etat, soit qu'il soit son principal client, soit qu'il y ait un monopole du côté de la production. En ce cas, le problème est celui de la rémunération d'un associé à qui l'on doit assurer un bénéfice suffisant pour qu'il vive, mais surtout pour qu'il se modernise et puisse réduire ses prix de revient.

De ce point de vue, il n'est pas certain que la politique visant à une compression extrême des bénéfices soit la plus rentable. La méthode qui consiste à rechercher un taux de bénéfice peu élevé, mais sensiblement égal pour tous les industriels d'une même

(10) Signalons simplement que l'existence d'un délai trop bref pour les premières livraisons a une répercussion considérable sur le prix de revient d'une fabrication de série.

branche de l'économie a des effets nuisibles. L'entreprise qui s'est modernisée et organisée est privée du bénéfice supplémentaire qu'elle espérait retirer de la diminution de ses coûts de production. Par contre, l'Etat est amené à supporter d'autres dépenses, lorsque les devis de prix incluent, sous la forme des charges financières réelles, le coût des emprunts qui sont nécessaires lorsqu'il est impossible de recourir à l'autofinancement. Des exemples en pourraient être trouvés dans certaines industries travaillant pour la Défense nationale.

De même, lorsqu'il est nécessaire de traiter sur dépenses contrôlées, il conviendrait d'intéresser le fournisseur à accroître sa productivité ; le taux de bénéfice fixe l'incite au contraire à augmenter ses dépenses pour accroître son profit.

On pense généralement (11) qu'il est critiquable d'accepter des taux de bénéfice uniformes quelles que soient l'entreprise contractante, la nature du marché et les diverses conditions de fait. On pourrait admettre — et la décision n° 5.210 CAB/DN/SEA du 1^{er} août 1956, incite les services à s'engager dans cette voie — que le bénéfice varie selon l'état de l'entreprise, selon la façon dont elle est gérée, son organisation... La marge bénéficiaire serait alors d'autant plus élevée que l'entreprise ferait des prix plus bas ou améliorerait la qualité de ses productions, ou encore courrait des risques plus importants.

Il est difficile d'aller loin dans ce sens. Les services, déjà surchargés, ne souhaitent pas toujours prendre la responsabilité de fixer le taux de la marge bénéficiaire sur des bases qui resteraient largement subjectives. Les accusations de détournement de pouvoir ne manqueraient pas d'être lancées à tort et à travers. On retrouve ici des problèmes voisins de ceux qui ont été traités par la jurisprudence administrative à propos des décisions prises en matière d'économie dirigée.

Il ne faudrait pas en déduire que les services de la Défense nationale n'ont pas cherché à différencier le bénéfice pour tenir compte des données de fait. Dans certaines hypothèses qui s'y prêtent, des taux de bénéfice variés ont pu être imposés.

Des taux de bénéfice réduits de moitié sont imposés aux industriels dans les marchés sur dépenses contrôlées ou en régie. Dans de tels cas, en effet, l'industriel ne court plus de risque, puisque c'est l'Etat qui les prend à sa charge. La marge bénéficiaire et de risque est réduite de moitié, réduite au seul bénéfice *stricto*

(11) Commission mixte des marchés, 15^e séance, 20 décembre 1952.

sensu. Il en est de même lorsqu'est passé un « marché de régularisation », sauf toutefois si le prix a pu être établi au vu d'un devis établi et transmis à l'Administration avant l'exécution des travaux.

La réglementation en vigueur n'ignore pas de façon absolue les marchés de régularisation. L'article 46 du Cahier industriel oblige le fournisseur à exécuter immédiatement les ordres de service modifiant les spécifications techniques d'un marché en cours. Ce n'est que dans les trois mois de la notification de l'ordre de service que le fournisseur doit présenter un devis. Bien souvent, ce devis a perdu, lorsqu'il est présenté, tout caractère prévisionnel ; parfois le service est intégralement fait avant d'être régularisé par un acte additionnel au contrat initial. Il est fréquent de prévoir dans les marchés une clause disant que les modifications ne seront reprises dans un acte additionnel que lorsqu'elles atteindront 5 % du montant initial du marché.

Dans tous ces cas, la passation d'un contrat de régularisation est justifiée. Les marchés de régularisation sont par contre contraires à la réglementation lorsqu'ils ne sont qu'un moyen destiné à payer le fournisseur qui a travaillé sans marché, parfois sur commande verbale, sans qu'aucun document écrit soit venu préciser l'étendue de ses obligations. On a défini ces procédés comme des « marchés en régie non contrôlée ». En pareil cas, le service est fait avant que le prix ne soit discuté. L'Etat ne se dérobe cependant pas au devoir de payer ses fournisseurs, mais les services sont dans une position difficile pour négocier le prix ; la réduction à 4 % de la marge bénéficiaire est un palliatif insuffisant à l'impossibilité de prouver que les dépenses réelles sont inférieures à celles qu'accuse le fournisseur.

Dans un autre cas, plus important du point de vue de la théorie des marchés, le bénéfice peut également être fixé à un taux réduit, généralement la moitié du taux habituel. Lorsque l'industriel n'apparaît, dans le cadre d'un marché dont il est titulaire, que comme un intermédiaire, le bénéfice n'est pas accordé au taux plein.

Lorsque l'industriel achète dans le commerce des pièces de rechange à un fabricant, et qu'il les livre en l'état au service acheteur, l'industriel prélève ses frais d'approvisionnement, des frais de siège et sa marge bénéficiaire sur le prix facturé par le fabricant. Mais en pareil cas, les frais d'approvisionnement sont fréquemment réduits et la marge bénéficiaire est ramenée à la moitié du taux habituel. Il ne faudrait du reste pas penser que

ce bénéfice, même réduit, soit injustifié. Les ensembles commandés, dans l'électronique par exemple, sont complexes ; il est utile que l'Etat ne s'adresse qu'à un seul fournisseur garantissant le bon fonctionnement de l'ensemble du matériel, se chargeant d'approvisionner les pièces détachées et les remplaçant à ses frais lorsqu'elles ne présentent pas la qualité voulue. Le paiement de frais d'approvisionnement et de frais de siège indemnisent le fournisseur en totalité, ou parfois en partie seulement, des dépenses très lourdes qu'implique le jeu de la livraison des rechanges et de la garantie. Le bénéfice consenti ne fait souvent que concourir à éviter des pertes au titre de ces opérations. Les industriels font valoir notamment que les frais d'approvisionnement réduits ne couvrent pas, et de loin, les dépenses réellement effectuées.

Les frais de transport, lorsqu'ils sont remboursés à part et sur justification sont fréquemment grevés d'une marge de « peines et soins » égale à une marge bénéficiaire réduite. Il y a quelques années, cette marge n'était pas accordée, et le fournisseur n'était remboursé des frais commerciaux engagés lors de la conclusion du contrat de transport qu'en les passant à ses frais généraux. Il a pourtant été refusé jusqu'à présent de rembourser les frais de transport majorés de frais d'administration générale et grevés d'une marge bénéficiaire. Cet exemple montre toutefois la tendance à l'alourdissement des frais généraux de certaines industries.

Certains sous-traitants sont imposés au titulaire du marché par une disposition contractuelle. Parfois, sans même qu'il s'agisse d'un cas de fourniture conjointe, le sous-traitant peut être appelé à contresigner le marché. Le bénéfice du titulaire du contrat sur la valeur des ensembles sous-traités est réduit généralement à la moitié du taux usuel. Cependant, le fournisseur principal assure la responsabilité de la totalité de la fourniture. Il supporte notamment le risque de pénalités pour retard calculées sur la totalité du prix du marché, même si le retard provient du fait du sous-traitant qui, lui, ne prend à sa charge que les pénalités calculées sur le montant de sa fourniture propre.

C'est là une pratique traditionnelle dans les relations commerciales, mais elle conduit le fournisseur à supporter en certains cas des charges très lourdes qui peuvent excéder la marge bénéficiaire et de risque.

Il convient évidemment de ne pas généraliser abusivement et de se référer aux marchés eux-mêmes, car des nuances existent, qui vont du marché où le titulaire seul nommé a la responsabilité

de fournir le matériel commandé au marché où plusieurs industriels travaillent en commun pour réaliser une fourniture particulièrement importante. Le marché définit alors les responsabilités réciproques des uns et des autres, et leur contrepartie.

Dans un autre d'idées, le bénéfice est réduit lorsque les fournisseurs font entrer les charges financières calculées dans leurs devis comme un élément du prix de revient. La marge bénéficiaire, de 8 % par exemple, est alors ramenée à 5 %. En fait, le taux de bénéfice est fixé entre deux limites dans les devis prévisionnels. Le bénéfice peut être voisin de 4 % s'il s'agit d'une fabrication en très grande série ; il peut atteindre 8 ou parfois 10 % dans les autres cas. L'inclusion des charges financières calculées dans le devis fournit seulement un élément de plus pour la fixation de la marge bénéficiaire et de risque.

Il ne faut pas s'exagérer la portée du taux de bénéfice, parce que l'industriel a généralement la possibilité de compenser la réduction d'un taux de bénéfice par une augmentation de tel autre poste du devis, d'autre part, parce que la concentration industrielle et la spécialisation technique réduisant le nombre des fournisseurs éventuels. Ce qui n'est pas payé comme bénéfice l'est donc ultérieurement sous la forme des frais généraux.

Le problème de la détermination du taux de bénéfice n'est donc pas un problème comptable, c'est essentiellement un problème économique.

Ces quelques remarques peuvent être rapprochées de la question de la fixation des primes et pénalités techniques. Selon une opinion courante, il serait équitable de prévoir des primes techniques dont le montant maximum serait défini par le même pourcentage que celui fixant le maximum des pénalités techniques. En fait, ce pourcentage n'a rigoureusement aucune signification si l'on n'a pas déterminé auparavant de façon précise les performances moyennes atteintes par un industriel de référence qui resterait d'ailleurs à définir. Si cette détermination est impossible à faire, ou si simplement elle n'est pas faite, c'est le prix lui-même qui est inconnu, même abstraction faite des remises éventuelles de pénalités parce qu'on ignore quelle prime ou quelle pénalité l'industriel moyen saura acquérir ou devra supporter dans le cas habituel. Les mêmes conclusions peuvent être faites à propos des primes pour avance et des pénalités pour retard.

D. — LA PRATIQUE DES DIFFÉRENTS SERVICES.

Les usages qui ont été exposés dans les pages qui précèdent sont suivis de façon très générale par les différents services, mais ceux-ci ont conservé leur propre façon de faire, compte tenu du milieu économique dans lequel s'exerce leur activité. Deux services notamment ont des conceptions opposées, la D.T.I.A. et la D.C.C.A.N.

1° *La Direction Technique et Industrielle de l'Aéronautique.*

La Direction Technique et Industrielle de l'Aéronautique s'efforce d'éviter de payer à un fournisseur avec lequel est passé un marché de gré à gré un prix supérieur au prix qui serait payé s'il y avait une concurrence effective (12). Les services de la D.T.I.A. s'efforcent de se placer dans les mêmes conditions qu'un industriel qui suppute le prix qui sera offert par son concurrent. Ils essaient de déterminer quel serait le prix de revient d'une entreprise moyenne ; le prix consenti à l'industriel est ce prix de revient moyen, théorique, majoré d'une marge bénéficiaire pour rémunérer le capital engagé et couvrir le risque industriel. « Si
« l'entreprise avec laquelle on traite est une entreprise de choix,
« le bénéfice technique qui provient de la différence entre cette
« organisation et l'organisation moyenne fictive sera établi auto-
« matiquement. Si l'entreprise est d'une organisation inférieure,
« cela se traduira pour elle par une perte. Evidemment, cette
« solution est séduisante, car elle permet d'avoir des prix compa-
« rables, qu'il y ait concurrence ou non. Toute la difficulté con-
« siste à déterminer le prix de revient de cette entreprise moyenne
« fictive. Si on suppose cette difficulté résolue, on donnera le
« même taux de bénéfice de 10 % à toutes les entreprises pour
« une même catégorie de fabrications » (13).

Cette méthode n'est pas d'application générale ; elle a d'ailleurs été critiquée par les représentants de la Direction des Etudes et Fabrications d'Armement et la Direction Générale des Constructions et Armes Navales qui ont montré que le rapport entre les offres remises par des industriels concurrents varie fréquemment de 1 à 4. Il est difficile, dans ces conditions, d'imaginer

(12) Commission mixte des marchés, 20 décembre 1952, 15^e séance.

(13) — d° —

une entreprise fictive idéale (14). Aussi n'est-ce que dans un cas extrêmement particulier, celui des cellules d'avions, que la Direction Technique et Industrielle de l'Aéronautique applique la théorie du prix normal de l'entreprise fictive.

La Direction Technique et Industrielle estime d'ailleurs que cette méthode ne saurait être appliquée qu'aux entreprises privées travaillant exclusivement pour l'Etat. Dans les autres cas, et d'une manière plus large pour les autres matériels que les cellules d'avions, la D.T.I.A. examine de manière critique les devis de prix par référence aux marchés antérieurs dont le prix de revient a été contrôlé *a posteriori*.

L'originalité du système réside en ce que la D.T.I.A. s'attache à évaluer le bénéfice annuel réalisé par l'entreprise, globalement ou sur les marchés passés par l'Etat. Pour cela, les prix de revient sont analysés compte tenu du type de contrat, de la rotation annuelle du capital, des avances et des acomptes versés par l'Etat, des aléas de la production, des réserves à constituer pour parer aux fluctuations économiques et tous autres éléments susceptibles d'influer sur la rentabilité de l'entreprise (15).

La D.T.I.A. s'efforce d'accorder à ses fournisseurs un bénéfice convenable, sinon marché par marché, du moins globalement au cours d'un exercice, par exemple en variant le taux de bénéfice qu'elle accorde sur les marchés à venir. La solution est plus facile lorsque, ainsi qu'il est fréquent, l'industriel travaille essentiellement pour l'Etat ou ses fournisseurs. Dans certains cas, l'industriel a spontanément reversé l'excédent de ses bénéfices. Une caractéristique de l'industrie aéronautique est la tutelle exercée, aussi bien au point de vue financier qu'au point de vue technique, par les services de la D.T.I.A. et ceux du Ministère des Finances.

La méthode de l'Air semble originale en droit français. Elle a vivement intéressé les rédacteurs du Cahier industriel, non sans quelques réserves. Le Président de la Commission mixte des marchés a déclaré :

« La notion d'entreprise moyenne représente une solution
« idéale. Si l'on pouvait se représenter l'entreprise moyenne, on
« verrait tout de suite le sens dans lequel il y a lieu de majorer
« ou de réduire le bénéfice compte tenu de la situation de l'entre-
« prise par rapport à cette entreprise moyenne.

(14) Commission mixte des marchés, 15^e séance, 20 décembre 1952.

(15) — d° —

« Mais comme il est difficile de se représenter cette entreprise
« moyenne, on commence par prendre le prix de revient réel
« de l'industriel et c'est en considérant tout un ensemble de fac-
« teurs que l'on est amené à penser que cette entreprise se situe
« au-dessus ou au-dessous de l'entreprise moyenne.

« Parmi ces facteurs, il y a celui du bénéfice antérieur qui
« constitue une présomption, mais ce n'est pas le seul à considé-
« rer, car ce bénéfice peut résulter de commandes passagères, il
« faut d'autres renseignements qui puissent se recouper » (16).

Ce n'est que dans des cas très particuliers que l'on peut se référer à une entreprise idéale. Et dans ce cas, il est à craindre que l'Administration ne puisse pas fixer comme modèle une entreprise fictive qui soit trop différente, par ses méthodes et par ses résultats, du titulaire du marché. S'il en est ainsi, l'on en vient à payer la fourniture au prix de revient réel majoré de la marge bénéficiaire au taux plein de dix pour cent.

L'intérêt de la référence à une entreprise idéale est ainsi très limité ; elle oblige essentiellement l'Administration à garantir au fournisseur un prix rémunérateur, quelles que soient ses méthodes de production et l'organisation de son entreprise.

2° *La Direction Centrale des Constructions et Armes Navales.*

La Direction Centrale des Constructions et Armes navales n'emploie absolument pas la méthode de la référence à une entreprise fictive. Elle n'examine pas non plus les résultats financiers de l'ensemble des marchés passés avec un fournisseur, ni les résultats financiers globaux d'une entreprise au cours d'un exercice, pour déterminer le bénéfice consenti sur un marché de fourniture. Ces examens sont toutefois pratiqués par les services de contrôle ; ils interviennent seulement dans la mesure où ils permettent de déterminer les taux de frais généraux applicables aux marchés à prix provisoires.

Les services de la D.C.C.A.N. s'efforcent, à l'occasion d'un marché donné de se renseigner sur le prix de revient concret de la fabrication envisagée, soit par référence à des marchés antérieurs soit par comparaison avec des fabrications confiées à un arsenal. Lorsque ce prix est déterminé, il est majoré de huit pour cent, pour parvenir au prix de vente hors taxe. Ce dernier prix est opposé à celui que propose l'industriel. Ou bien l'industriel

(16) Commission mixte des marchés, 15^e séance, 20 décembre 1952.

accepte, ou bien il refuse le prix qui lui est présenté. Dans ce dernier cas, une discussion s'amorce, parfois longue, et finalement, c'est l'équilibre des forces qui détermine le prix (17). Le prix proposé à l'industriel peut être un prix au kilogramme, en certains cas, pour la fourniture de matériel de grosse mécanique par exemple. Les résultats dégagés par les contrôles comptables effectués *a posteriori* semblent satisfaisants.

La discussion du prix n'est pas d'emblée placée sur le terrain du prix global de la fourniture. Le devis de prix, exigé de façon systématique, est étudié poste par poste. Les dépenses aberrantes sont supprimées ou réduites. L'efficacité de la méthode dépend essentiellement de la précision avec laquelle le service technique connaît le matériel en cause, sait quels procédés de fabrication sont employés et les aléas qu'ils impliquent. La critique du devis poste par poste n'a de signification que lorsque les données de base ont pu être examinées par un spécialiste au fait du problème précis qu'elles représentent.

Evidemment, lorsqu'il s'agit d'un matériel trop nouveau pour qu'on puisse trouver des éléments sérieux de comparaison, un marché à prix provisoire peut être passé.

Les méthodes employées par la D.C.C.A.N. ne donnent ainsi pas entière satisfaction, pas plus que celles pratiquées par la D.T.I.A. Celles-ci peuvent toutefois se comparer aux procédures suivies en République Fédérale Allemande.

E. — LES MÉTHODES ÉTRANGÈRES DE DÉTERMINATION DU PRIX ET DU BÉNÉFICE.

1° *La République Fédérale Allemande.*

Il y a longtemps que l'Administration allemande a étudié le problème de la détermination du prix des marchés industriels. Dès 1938, un volume de 500 pages donnait les directives à suivre pour déterminer le prix de revient des fabrications industrielles (18). Certaines critiques ont été faites, quelques années plus tard, car on estimait alors qu'un calcul fondé sur les prix de revient encourageait la foisonnement des dépenses. C'est pourquoi, la tendance était vers 1942, à l'évaluation d'un prix valable pour une fabrication donnée. L'industriel s'approchant du prix normal ainsi

(17) Commission mixte des marchés, 15^e séance, 20 décembre 1952.

(18) Commission mixte des marchés, 15^e séance, 20 décembre 1952.

déterminé jouissait d'un régime fiscal privilégié. Le bénéfice, dit « bénéfice théorique » comprenait d'une part le risque général de l'entrepreneur, d'autre part un bénéfice dit « de productivité », variable selon les capacités particulières de l'entrepreneur au point de vue économique, technique et de l'organisation (19).

La matière de la détermination du prix des marchés publics est aujourd'hui régie, dans la République fédérale allemande, par l'ordonnance PR n° 30-53 du 21 novembre 1953. Cette ordonnance entend avant tout que les prix des marchés publics ne nuisent en aucune façon au succès de la politique économique de la République Fédérale, résolument libérale mais soucieuse d'éviter l'inflation (20). Il apparaît ainsi clairement que le droit des marchés doit se plier aux nécessités économiques.

Le prix commercial.

L'article 1^{er} de l'ordonnance du 21 novembre 1953 dispose que « les prix des prestations réalisées par marchés publics seront en principe fixés de préférence sur la base des cours du marché » (sous-entendu, économique)... plutôt que sur celle des prix de « revient individuels... ».

Ceci suppose qu'il existe un prix commercial pour le produit considéré. Mais ce texte doit être interprété de façon libérale ; l'article 4 de l'ordonnance prévoit, en son deuxième alinéa que « pour des prestations qui... sont sensiblement comparables à des prestations courantes, des abattements doivent, ou des suppléments peuvent, être appliqués dans la mesure où des différences par rapport aux prestations courantes sur le marché les justifient ».

Le prix commercial, qui ne peut être dépassé dans un marché public, est donc un prix élaboré à partir des données de la vie commerciale courante. Dans une certaine mesure, cette notion de prix commercial se rapproche de la notion des marchés sur devis. Elle conduit à un prix définitif généralement non révisable.

Bien plus, lorsqu'un matériel nouveau est commandé, et que la concurrence a permis de confronter les offres de plusieurs entreprises, le prix le plus bas sera considéré comme le prix commercial. Il ne sera pas alors nécessaire de contracter sur la base

(19) Commission mixte, 5^e séance, 20 décembre 1952.

(20) Les marchés de fournitures militaires en République Fédérale Allemande. Essai sur la pratique suivie par l'Administration militaire allemande, 9 novembre 1959, J. DAUMARD.

des prix de revient, bien que le matériel soit nouveau et que son prix ne soit pas connu *a priori*.

La notion de prix commercial est ainsi très souple, très large, et de très nombreux marchés industriels sont conclus sur la base de ce prix.

La fixation des prix sur la base des prix de revient.

Lorsqu'il n'existe pas de prix commercial pour la fourniture désirée, lorsqu'il n'est pas possible d'extrapoler le prix d'une fourniture voisine de celle qui doit être commandée, les prix sont déterminés sur la base des prix de revient de l'industriel. Il en est de même lorsque le prix commercial peut être influencé d'une façon non négligeable par une pénurie de marchandise ou par une concurrence insuffisante.

Les prix fixés sur la base des coûts comprennent tous les frais imputables à l'exécution de la fourniture. Seuls les frais raisonnables sont retenus. Les critères du caractère raisonnable ou non de tels ou tels frais sont cherchés dans les principes d'une saine gestion économique, telle qu'elle peut être définie par les Facultés allemandes des sciences économiques et financières. C'est dire que les prix ainsi déterminés appellent une analyse du devis, un contrôle comptable, et un jugement de valeur porté sur les éléments du devis.

Les principes de l'économie industrielle imposent que soient séparés au moins les frais suivants dans une production :

- frais directs de matières ;
- frais généraux d'approvisionnement ;
- salaires ;
- frais généraux sur les salaires ;
- frais généraux d'atelier ou de fabrication ;
- frais d'Administration ;
- frais de vente ;
- frais spéciaux ;

en outre, le bénéfice.

Une différence fondamentale apparaît avec les calculs analogues auxquels on se livre en France : les risques industriels sont un élément du prix de revient, représentent des frais et ne sont pas une part du bénéfice. Cette disposition est de nature à assurer

une rentabilité certaine des entreprises travaillant pour la Défense fédérale. C'est ainsi que les marchés de régularisation ne sont pas traités avec la même sévérité qu'en France où le bénéfice est généralement limité à 4 %. Seul disparaît dans le devis de régularisation le poste des risques industriels, des risques spéciaux liés à l'aléa de la production. Le bénéfice, lui, n'est pas touché, parce que sa fonction est de rémunérer les risques généraux de l'entreprise, qui sont permanents.

Si enfin l'industriel estime devoir assurer sa responsabilité sur tel ou tel point, le montant de la prime d'assurance entre dans les frais retenus comme éléments du prix de revient, et ne sont pas imputés sur le bénéfice.

Des directives ont été obtenues par le Bundesamt für Wehrtechnik und Beschaffung de la Cour des Comptes Fédérale sur le mode de fixation du bénéfice raisonnable. Le bénéfice doit comprendre en premier lieu l'intérêt du capital engagé dans l'opération, environ 5 % si le capital roule une fois par an, moitié s'il roule deux fois. Il comprend ensuite un pourcentage du chiffre d'affaires, environ 1 % ou 1,5 %. Cette fixation nuancée du taux de bénéfice présente deux énormes avantages : elle favorise les entreprises faisant un effort d'investissements et l'industrie lourde où la rotation du capital est lente ; par ailleurs, elle favorise les entreprises fabriquant des produits évolués au point de vue technique qui sont nécessairement chers. Ces directives tendent ainsi à favoriser les investissements, l'industrie de base et la recherche scientifique.

Il n'existe pas de taux officiel des frais généraux des principales sociétés qui serait diffusé dans les services du B.W.B. Les taux de frais généraux ou spéciaux retenus pour contracter avec une entreprise donnée diffèrent dans le temps, selon les ateliers utilisés et selon les fabrications. Les taux de frais doivent donc être discutés dans chaque cas concret. Un taux antérieurement admis ne sera pas opposé à l'industriel comme une précédent intangible si une augmentation est justifiée.

Un article acheté dans une période de dépression économique (21) a pu supporter des taux de frais généraux différents que ceux qui sont demandés en période d'expansion ; le taux le plus bas ne sera pas nécessairement reconduit dans un marché ultérieur.

(21) Notamment, dans le cas de dépression économique régnant dans une branche industrielle donnée. (On pourrait prendre comme exemple, pour une période donnée, l'industrie des camions et plus spécialement celle des camions de tel ou tel type).

Les fonctionnaires du B.W.B. ont à concilier deux exigences, dans une certaine mesure contradictoires : d'une part, accorder aux fournisseurs un juste prix ; d'autre part, se comporter, pour le compte de l'Etat Fédéral, en hommes d'affaires avisés. La solution semble être toute de mesure : le B.W.B. profite des circonstances économiques qui permettent d'obtenir des rabais sans pour cela oublier que les fournisseurs ont droit à être payés des frais qu'ils exposent.

Lorsqu'il est décidé de passer un marché sur la base des prix de revient du fournisseur, trois cas peuvent se rencontrer :

- le marché peut être passé à un prix définitif établi avant la notification du contrat,
- le marché peut être passé sur prix provisoire établi avant la notification du contrat, un prix définitif étant fixé en cours d'exécution de la fourniture,
- le prix provisoire peut enfin n'être remplacé par un prix définitif qu'une fois achevée la fourniture : le marché est alors un marché sur dépenses contrôlées.

De même que l'ordonnance sur les prix impose aux services acheteurs de s'efforcer de passer des marchés sur la base des prix commerciaux, les services sont tenus de fixer le prix définitif le plus tôt possible. En fait, le B.W.B. s'est toujours efforcé de conclure ses contrats sur la base des prix commerciaux ; mais lorsqu'il est contraint de fixer le prix sur la base des prix de revient, il est fréquemment conduit à passer des marchés sur dépenses contrôlées.

Le droit allemand ne connaît pas par contre la méthode américaine de la renégociation des contrats, après l'achèvement de la fourniture. Le contrat fixe un prix, ou du moins une méthode de détermination du prix. Les services du B.W.B. appliquent cette méthode, et le prix en découle sansqu'il soit utile de reprendre après l'achèvement de la fourniture la discussion avec les fournisseur.

Les services de l'Administration allemande n'ont pas non plus à discuter avec les industriels la réduction de la marge bénéficiaire lorsque le devis est présenté après l'achèvement du marché. Ce cas particulier, source de difficultés, est inclus dans le cas général. Et de même, les modifications peuvent être payées au fournisseur en proportion de ce qu'elles auront effectivement coûté. Le Code civil allemand prévoit le paiement des modifications d'après les

principes ayant présidé à la formation du prix initial. Le prix fixé sur la base des prix de revient permet de payer au fournisseur non seulement les débours immédiats occasionnés par les modifications, mais éventuellement de tenir compte des incidences économiques d'un bouleversement de la production.

La politique des prix et la prévention de l'inflation.

L'ordonnance sur les prix entend sauvegarder la liberté économique, et un aspect de cette préoccupation peut être trouvée dans les mesures anti-inflationnistes.

Les prix des marchés doivent, en principe, être des prix fermes et non révisables. L'interdiction des clauses de révision de prix ne se réfère en réalité qu'aux marchés qu'on n'a pas pu conclure à un prix définitif.

Pour ces derniers marchés, c'est au moment où sera effectuée la fixation du prix définitif, calculé sur la base des prix de revient, qu'il sera tenu compte du taux réellement payé des salaires et de la charge qui en résulte.

Par contre, lorsqu'un prix définitif est stipulé, et à quelque moment que ce soit dans la vie du contrat, ce prix doit être ferme et non révisable.

Cette règle conduirait à refuser toute indemnité pour imprévision ou pour sujétions imprévues, si, en pareil cas, il n'était attendu, pour fixer le prix définitif, que puissent être connus et mesurés, ou du moins évalués, les aléas de la fabrication. La pratique tendant à retarder la fixation du prix définitif permet de payer intégralement le fournisseur qui se heurte à des imprévus techniques ou économiques.

En réalité, cette règle permet de limiter les révisions de prix. C'est un principe fondamental de la politique économique de la République Fédérale que les commandes publiques doivent être passées à prix ferme si la durée d'exécution n'excède pas neuf mois. La règle s'applique strictement aux marchés passés sur la base des prix de revient, où le prix définitif doit être ferme et non révisable dans les neuf mois qui suivent sa fixation. Bien entendu, cette prescription n'a pas de sens pour les marchés sur dépenses contrôlées.

Dans la mesure où le marché a admis qu'une révision du prix en fonction de la conjoncture économique serait accordée au bout de neuf mois, la révision est opérée par un procédé différent de celui du droit administratif français.

Un nouveau prix ferme, non révisable pour une nouvelle période de neuf mois, est calculé par le service acheteur, en fonction des conditions économiques existant au moment où est faite la révision. Celle-ci est donc systématiquement en retard de neuf mois, chaque fois qu'elle doit être opérée.

Le contrat définit la partie fixe du prix, qui est toujours considérable, très supérieure à 30 % en principe. La partie révisée ne l'est pas à partir d'indices économiques publiés d'une façon générale, mais le B.W.B. s'efforce, à travers les comptes de l'entreprise, de connaître la hausse exacte qui a été subie. Il n'y a donc pas de formule mathématique de révision de prix comme il est usuel d'en insérer une dans les marchés publics français.

Le B.W.B. estime que l'incidence des variations des salaires sur le prix de revient des fabrications ne doit pas être surestimé. Les hausses de salaires ne grèvent les prix de revient que pendant une partie de la durée de fabrication. Les services du B.W.B. s'efforcent donc, dans chaque cas particulier, de déterminer pendant quelle période la hausse des salaires a pu influencer sur les coûts, de la même façon qu'ils cherchent à préciser quels éléments du prix de revient a effectivement subi le contre-coup de cette hausse.

Enfin, le B.W.B. a envisagé de tenir compte, dans ses évaluations de prix, du retard des salaires des employés sur les salaires des ouvriers. Les augmentations de frais généraux et de coûts de production ne subissent qu'avec un certain retard l'influence de la hausse des salaires. Un certain échelonnement peut être aperçu, mais il n'a pas encore été possible de parvenir à une description satisfaisante de ce phénomène et de donner une règle à suivre pour la révision des prix.

Les contrôles exercés sur les prix.

La discussion des marchés et notamment des marchés conclus sur la base des prix de revient, suppose que des contrôles soient exercés, sur un plan général avant même que la négociation soit amorcée, sur un plan plus particulier lorsqu'il s'agit de déterminer le prix.

Avant d'appeler un fournisseur à soumissionner, le fonctionnaire qui prépare le marché doit s'assurer que l'industriel aura la capacité financière et technique voulue. Le B.W.B. ne s'adresse pas aux banques pour obtenir des renseignements financiers, mais aux Ministres de l'Economie des différents états membres de

l'Etat fédéral, et, par leur intermédiaire, aux Chambres d'Industrie et aux Chambres de Commerce qui sont des établissements publics.

Le cas échéant, les services du B.W.B. vérifient la solvabilité d'une entreprise comme le ferait une banque, on demande au Ministère fédéral de la Défense d'y procéder.

Des visites sur place des installations et de la comptabilité peuvent enfin être faites par accord amiable avec le fournisseur.

Les frais divers exposés dans les devis présentés par les industriels doivent être contrôlés par des spécialistes, notamment les REFA-Ingeniöre, et le B.W.B. a recours aux services économiques des différents Länder. L'ordonnance sur les prix réserve au Ministère fédéral de l'Economie le droit de faire procéder par ses services aux examens comptables sur place, mais ce droit n'est pas actuellement utilisé.

Ce système n'est pas considéré comme définitif. Les rapports entre le B.W.B. et les services des Länder ne sont pas encore assez étroits ; ces services recherchent surtout le maximum du prix qui peut être demandé, ce qui n'est pas exactement l'angle sous lequel le B.W.B. voudrait voir étudier le problème du prix des marchés.

2° *Les Etats-Unis d'Amérique.*

Le système allemand peut être rapproché du système américain sur les deux points du mode de calcul des bénéfices et, plus généralement, du mode de fixation du prix.

Le bénéfice ne connaît pas de plafond théorique, sauf lorsqu'il s'agit de marché sur dépenses contrôlées. Dans ce dernier cas, le bénéfice s'élève à une somme déterminée au moment de la passation du contrat, et non à un pourcentage des dépenses (22). Cette méthode n'est d'ailleurs pas applicable dans un marché de réparation où une incertitude considérable existe sur le montant des travaux à effectuer : l'industriel courrait le risque de devoir travailler sans bénéfice pour une portion non négligeable des travaux. Le fonctionnaire américain qui prépare le marché doit fixer lui-même le taux de bénéfice accordé à l'entreprise, et préparer un dossier pour justifier sa décision. Les règlements interdisent de fixer un taux de bénéfice uniforme pour toute une catégorie de marchés : le bénéfice doit être fixé et justifié dans

(22) Commission mixte des marchés, 15 séance, 20 décembre 1952.

chaque cas concret. Une certaine analogie existe entre cette règle du droit américain et celle du droit français qui a créé un blocage des prix entreprise par entreprise. De tels règlements exigent une abondante documentation pour pouvoir produire leurs effets.

Il va sans dire que le bénéfice n'est pas déterminé sans référence à des règles détaillées. La réglementation américaine prescrit de prendre en considération certains facteurs internes à l'entreprise. Parmi ces facteurs, on peut citer les suivants :

- 1) « Complexité de la fabrication et règles d'exécution en
« tenant compte toutefois du type de contrat qui peut laisser une partie des risques à l'Etat.
- 2) « Importance de la contribution directe des contractants
« par rapport à la partie sous-traitée.
- 3) « Rendement du contractant.

« Aux Etats-Unis, une comparaison intervient d'ailleurs dans
« le temps, grâce à la pratique des clauses de redétermination
« du prix. On part d'un prix initial, qui est redéterminable quelques mois après avec une majoration du taux de bénéfice lorsqu'on constate une contraction du coût de production. Si au contraire le taux de bénéfice était fixe, l'industriel ne serait pas
« encouragé à comprimer ses prix de revient » (23).

Les négociateurs américains doivent tenir compte de l'importance des risques industriels, mais également de la sincérité de la comptabilité de l'entreprise et de la confiance qu'on peut accorder au fournisseur, sur tous les plans : sur celui de ses méthodes de fabrication, sur la façon dont il établit ses devis, également sur la contribution qu'il apporte à l'effort de défense américain.

La fixation du bénéfice est ainsi psychologique et ne repose plus entièrement sur des données qui peuvent être chiffrées. Une méthode analogue, en France, serait difficile à mettre en œuvre, en raison notamment du soupçon de détournement de pouvoir qui s'attacherait vite à une décision n'accordant qu'un taux de bénéfice modéré, ou, inversement, qui semblerait réserver un traitement de faveur à une entreprise.

En ce qui concerne la détermination du prix lui-même, la réglementation américaine se réfère « aux sains principes comptables », aux « pratiques de comptabilité et d'affaires généralement acceptées ». Au nom de cette norme, les redressements nécessaires

(23) Intervention du Président de la Commission mixte des marchés, 15^e séance, 20 décembre 1952.

sont effectués dans la comptabilité du fournisseur ou dans les devis qu'il présente.

La référence aux « sains principes comptables » semble être une méthode critique d'analyse des devis et ne paraît pas aller jusqu'à la création d'une entreprise fictive, idéale. La différence essentielle du système américain et du système allemand est sans doute ailleurs. D'une part, la marge d'autofinancement consentie aux industriels ne semble pas être du même ordre de grandeur dans les deux cas. D'autre part et surtout, le droit allemand ignore l'institution américaine de la renégociation des marchés après l'achèvement de la fourniture. De ce point de vue, le contrat a, en Allemagne, une portée plus absolue, plus classique qu'aux Etats-Unis et fait réellement la loi des parties.

3° *La Grande-Bretagne.*

Les conditions générales (24) prévoient la possibilité de traiter à prix provisoire ; le prix définitif est fixé après un contrôle effectué par l'Administration sur pièces et sur place. Mais ces conditions générales ne permettent pas de connaître la pratique réellement suivie par les services. Certaines études apportent par contre des précisions sur ce point.

Dans son ouvrage sur la politique des marchés en Grande-Bretagne pendant la seconde guerre mondiale (25), M. W. Ashworth montre que l'expansion foudroyante des activités d'armement a rendu inapplicable le calcul des bénéfices par rapport au chiffre d'affaires ; le bénéfice doit être fixé par référence au capital engagé. En effet, le chiffre d'affaires d'une société privée fut réalisé en grande partie à l'aide d'investissements financés par l'Etat. Par ailleurs, à côté du bénéfice calculé d'après le capital engagé, de nombreuses primes furent accordées pour développer la productivité des entreprises.

Cette expérience a montré la difficulté de définir le capital engagé ; les difficultés seraient plus grandes encore en temps de paix où l'activité destinée au secteur public ne représenterait qu'une partie moins importante des travaux du fournisseur. Les industriels ont fait valoir que l'Administration ne calculait les bénéfices que sur une base étroite ; elle ne prenait pas en consi-

(24) Standard Conditions of Government Contract for Stores Purchases. Form CCC/1. Edition September 1956. Article 43 « Price Fixing ».

(25) William ASHWORTH, « Marchés, Passation, Exécution, Financement », publié par le Stationery Office dans l'« Histoire de la Seconde guerre mondiale ».

dération la valeur du fonds de commerce. Des inégalités ont été créées entre les industries et ces inégalités ont été d'autant plus vivement ressenties qu'elles étaient dues à une innovation dans le calcul du bénéfice. En outre, on a remarqué qu'une prime était ainsi accordée aux investissements coûteux.

Mais cette méthode a permis de parvenir à un taux de bénéfice modéré, à un moment où le montant total des bénéfices s'accroissait en raison de l'ampleur des commandes.

*
**

La détermination des prix est un problème permanent des marchés publics et les textes les plus détaillés ne suffisent pas à la résoudre. Il ne convient pas de s'en étonner. La théorie économique aussi bien que la comptabilité industrielle montrent sur le plan abstrait comme dans la pratique qu'il est difficile de définir un prix de revient, et que, cette définition une fois admise, ce prix ne peut être déterminé qu'avec une marge d'erreur souvent importante. Dans de nombreuses hypothèses même, la théorie permet seulement de définir, pour un ensemble de produits fabriqués par une même entreprise, une série de solutions possibles entre lesquelles le choix est arbitraire.

La solution classique du droit administratif admettait comme juste prix le prix de concurrence. Mais la concurrence parfaite n'existe pas. Les marchés industriels sont passés sans concurrence, ne serait-ce qu'en raison de la technicité de leur objet. Le prix doit alors être fixé sur devis, si l'on veut éviter d'en venir aux marchés sur dépenses contrôlées, ou aux marchés à prix négociés *a posteriori*. Ce mode de fixation des prix suppose en premier lieu un contrôle technique des devis. Il suppose, par ailleurs, des principes généraux pour déterminer l'importance des marges bénéficiaires ; ces principes sont également nécessaires lorsque les prix sont déterminés *a posteriori*.

Le contrôle des devis prévisionnels est un problème technique. Nous avons vu qu'il n'est résolu que de façon imparfaite. Ce n'est cependant que si ce problème est supposé résolu qu'on peut accorder un sens, une signification réelle au problème essentiel de la fixation de l'importance des marges bénéficiaires.

Or, rien dans le Cahier industriel ne donne d'indication en ce sens, la législation française est peu précise et l'exemple des droits étrangers n'est pas absolument convaincant. La détermination des marges bénéficiaires, et par voie de conséquence, la fixa-

tion du montant des bénéfices réalisés par les fournisseurs de la Défense nationale, est en réalité un problème économique et politique. Il n'y a pas lieu, dans ces conditions, de s'étonner que la question n'ait pu être traitée par le Cahier industriel, mais force est de constater l'importance de cette lacune.

II. — Les problèmes non abordés par le cahier industriel.

Il apparaît vite que des problèmes, d'importance à vrai dire inégale, sont restés sans solution⁶ dans l'état actuel du droit des marchés industriels. Il n'est pas sans intérêt de passer en revue ces différents points, et, le cas échéant d'indiquer dans quel sens ils pourraient être résolus.

A. — PROBLÈMES DE DROIT INTERNE.

Certaines questions qui n'intéressent que le droit français sont encore sujettes à discussion. Les unes sont de portée générales, et très près de la pratique administrative ; il en est ainsi de la séparation des obligations réciproques des parties. D'autres sont plus limitées, à tous points de vue. D'autres enfin, très générales encore, se placent sur le terrain difficile des rapports du droit public et du droit privé ; les problèmes nés de la faillite et du règlement judiciaire sont dans ce cas.

1° *La détermination des obligations réciproques des contractants.*

Le Cahier industriel ne dit rien d'un problème très général, celui de la détermination des obligations de chacune des parties. Si dans tout contrat il est nécessaire de définir aussi clairement que possible ces obligations, il est particulièrement difficile de le faire dans les marchés industriels, en raison de l'importance prise par les spécifications techniques.

Les marchés industriels ne définissent parfois que de façon succincte le matériel qu'ils commandent. Ils font alors référence à des spécifications techniques détaillées jointes en annexes au contrat.

Éliminons le cas des spécifications techniques qui contiendraient des clauses administratives ou financières. L'examen des spécifications techniques montre que les dispositions qu'elles con-

tiennent constituent d'une part une liste des conditions de recette, par exemple les performances requises du matériel, d'autre part, une description du matériel et des méthodes de réalisation de celui-ci.

Le matériel commandé peut avoir été conçu par l'industrie privée. La description du matériel et des procédés de construction n'émane alors pas des services techniques de l'Etat, mais des bureau d'étude du fournisseur. Celui-ci a présenté, en même temps que son offre de prix, un avant-projet, plus ou moins élaboré. Il n'est pas sans intérêt de reproduire la teneur de cet avant-projet dans les spécifications techniques, parce que l'attribution du marché se fait compte tenu notamment de la solution technique proposée par le fournisseur dans sa soumission.

L'inconvénient est que lorsque des modifications profondes doivent être apportées, après la notification du marché, à la partie descriptive des spécifications techniques, le fournisseur est conduit à demander un supplément de prix. Un tel supplément serait naturellement justifié si les modifications portaient sur les performances exigées ou les spécifications techniques proprement dites. Si les modifications ne portent que sur la description, il faut rechercher en chaque cas, compte tenu des éléments de fait, si les obligations des fournisseurs ont été augmentées par les demandes présentées après la notification du marché.

L'imprécision des marchés entraîne ainsi des discussions toujours difficiles. On pourrait évidemment renoncer à inclure la description des appareils et les méthodes de réalisation, mais une certaine importance s'attache à ce que les services techniques soient exactement avertis des modifications apportées par le fournisseur dans la réalisation du matériel, et qu'ils soient à même d'autoriser ou non un changement par rapport aux projets remis lors de la soumission et mis au point avant la signature du marché, même lorsque ces projets n'ont pas le caractère strictement obligatoire qu'ont les conditions de fabrication et de recette prévues par les spécifications techniques.

Il a finalement été envisagé de séparer nettement, d'une part, les spécifications techniques proprement dites, imposées au fournisseur et dont le respect est une condition de recette de la fourniture, d'autre part la description du matériel, donnée à titre indicatif, à laquelle le fournisseur ne peut toutefois déroger qu'en accord avec le service chargé de la surveillance, éventuellement en

le prévenant simplement ; un changement des clauses administratives ne résulterait pas nécessairement de ces modifications.

Lorsque c'est à la demande du service qu'interviennent les changements, les conditions financières du contrat ne sont pas nécessairement modifiées. On a songé à prévoir que le fournisseur devrait remettre, à mesure de l'avancement des études, les éléments principaux de son projet ; les modifications qui pourraient être demandées par l'Administration, tout en respectant les spécifications techniques obligatoires, seraient demandées avant tout commencement d'exécution et ne provoqueraient pas nécessairement une augmentation des dépenses du fournisseur.

Il est à craindre évidemment que les services techniques ne demandent une exécution plus soignée, plus coûteuse que celle décrite à l'appui de la soumission. S'agissant de matériel industriel intéressant la Défense nationale, il n'est pas sans intérêt de savoir que certains pays procédant à un réarmement ont cru pouvoir transposer dans le domaine de l'utilisation militaire du matériel produit pour le secteur privé, sans l'assortir de conditions particulières. L'expérience a été décevante, le matériel n'a pas résisté, que ce soit aux conditions d'utilisation par la Marine ou aux conditions d'emploi par l'Armée de Terre. Cet exemple récent tendrait à montrer le bien-fondé de la sévérité des conditions de recette actuellement imposées.

L'industriel n'est parfois qu'un façonnier qui fabrique selon des plans qui lui sont remis intégralement par les services techniques. En pareille hypothèse, la description du matériel fait partie intégrante des spécifications techniques obligatoires. Le titulaire du marché ne peut s'en écarter sans une autorisation écrite qui lui est généralement remise par le service chargé de la surveillance. Les obligations du fournisseur sont alors définies avec une grande rigueur.

Les marchés d'étude présentent parfois une particularité. Tantôt le fournisseur est appelé à résoudre un problème ; il y a là une obligation de résultat à laquelle souscrit le titulaire du marché. Le marché peut également ne demander au fournisseur que d'avancer dans l'analyse d'un problème ; le fournisseur n'est pas en mesure de faire un prix forfaitaire et l'Administration, ne serait-ce que pour des raisons d'ordre budgétaire, ne peut s'engager au delà d'une certaine somme. Dans un tel contrat, le risque est de n'obtenir finalement qu'un dossier d'étude fragmentaire. Le titulaire du marché ne s'est engagé que sur les termes d'une obligation de moyens ; mais, du point de vue de la définition des

obligations réciproques des parties, rien n'empêche qu'elle ne soit faite avec précision.

Quel que soit finalement le procédé retenu, quelle que soit la méthode employée, il est essentiel que les obligations réciproques des parties soient définies avec clarté par le marché. Mais ce problème ne saurait être résolu par un article du Cahier des clauses administratives générales. Le cahier ne pouvait apporter une solution en une matière où les circonstances de fait peuvent être extrêmement variées et ont une grande importance.

2° Les transferts de propriété en contrepartie du financement du marché.

Les acomptes et les avances versés au fournisseur avant le décret n° 53-405 du 11 mai 1953 étaient garantis par le transfert à l'Etat de la propriété pleine et entière des approvisionnements et des pièces semi-ouvrées. Le but de ce transfert de propriété était double : éviter que l'Etat ne soit créancier chirographaire dans l'hypothèse où le fournisseur déposerait son bilan : permettre d'autre part à l'Etat d'ordonner que les objets nécessaires à l'exécution du marché lui soient remis ; l'achèvement de la fourniture était alors confiée à un établissement d'Etat ou à un tiers.

Or, la valeur juridique des clauses de transfert de propriété a été contestée, alors même que l'utilité pratique de ces clauses était mise en doute.

La propriété ainsi transférée à l'Etat n'est pas pleine et entière et reste toujours conditionnelle, puisque le rebut de la fourniture peut encore être prononcé. La propriété de l'Etat sur ces matières et objets est contestable, puisqu'en cas de faillite ou de règlement judiciaire, l'Etat ne peut produire que le montant des avances ou acomptes qu'il a versés à son fournisseur, et non pas la valeur des matières et objets : la différence peut être importante dans l'hypothèse d'une plus-value. Par ailleurs, si l'Etat veut retirer en nature les biens sur lesquels porte le transfert de propriété, cela suppose que ces biens soient identifiables. Or, ces biens ne le sont pas nécessairement, soit qu'ils n'aient pas été marqués d'un poinçon propre aux objets appartenant à l'Etat, soit que les biens transférés fassent partie d'un lot sans être individualisés.

En fait, même si le caractère de la propriété ainsi transférée est discutable, le transfert de propriété permet sans conteste à l'Etat de reprendre son bien en nature après le dépôt de bilan : le matériel de l'Etat est en général identifiable, soit par sa nature

propre, soit par les marques qui y sont apposées. Les conditions générales permettent enfin de prononcer le rebut de la fourniture même si un transfert de propriété a été prévu au contrat. Un certain nombre d'effets s'attache ainsi à la clause de transfert de propriété. Ces effets sont bien connus, et ne sont pas contestés par les syndics de faillite et administrateurs au règlement judiciaire.

Le cahier industriel n'a cependant pas cherché à redonner vie aux transferts de propriété auxquels a renoncé le décret du 11 mai 1953. L'utilité pratique de ces transferts est en effet sérieusement contestée. La remise à l'Etat des objets en cours de fabrication, des approvisionnements et outillages nécessaires à l'exécution du marché peut être ordonnée lorsque le titulaire est défaillant. L'Administration peut l'obtenir, à défaut d'un accord amiable, par la voie du référé devant le Président du Tribunal administratif compétent. Il n'est pas besoin de transfert de propriété, les règles générales du droit administratif permettent à l'Administration de se faire délivrer les éléments indispensables à l'achèvement d'un marché. Si les conséquences financières d'une telle prise de possession sont différentes de celles qui résultaient des clauses de transfert de propriété, la continuité du service public est assurée dans l'un et l'autre cas par la livraison du matériel.

Une confirmation de ces principes peut être trouvée dans la décision du Conseil d'Etat du 13 juillet 1956, Office public d'habitations à loyers modérés du département de la Seine (26), rendue en appel d'une ordonnance du juge des référés du Tribunal administratif de Paris.

Cette espèce concernait un marché de travaux publics, mais les règles posées par le Conseil d'Etat paraissent sans aucun doute applicables aux marchés industriels. Les considérants sont rédigés d'une manière générale, et visant les pouvoirs du juge administratif ; d'autre part, les données de fait étaient singulièrement proches de celles qui se rencontrent de façon usuelle dans un marché industriel : un outillage spécial avait été créé pour l'exécution du marché ; un article des conditions générales donnait à la collectivité publique — l'Office — le droit d'exiger de l'entrepreneur la cession au prix prévu au contrat des ouvrages provisoires, des matériaux approvisionnés, ainsi que du « matériel construit spécialement pour l'exécution de l'entreprise et non susceptible d'être réemployé sur d'autres chantiers ». Cet article est à rapprocher de l'article 63, § 1, 2^o du Cahier industriel :

(26) Recueil LEBON. 1956, p. 343, avec conclusions CHARDEAU.

la possession de l'outillage spécial était nécessaire à l'achèvement du marché.

Le Conseil d'Etat a, par sa décision du 13 juillet 1956, précisé plusieurs points importants :

D'une part, la collectivité publique a le droit de reprendre un outillage spécial nécessaire à l'exécution d'un marché, lorsque du moins le contrat a prévu une telle éventualité dans ses conditions générales ou dans ses articles particuliers.

Cette décision est rendue en appel d'une ordonnance de référé, et la question de la propriété des outillages n'a pas été abordée. Elle n'avait pas à l'être ; la décision du 13 juillet 1956 réservant la question de fond — savoir si les outillages étaient réellement indispensables à la continuation du marché — s'est bornée à constater le caractère sérieux de la demande présentée par l'Office. En fait, dans une certaine mesure, la décision du Conseil d'Etat préjuge le fond. Elle constitue tout au moins une indication précieuse sur la façon d'interpréter les articles autorisant la collectivité publique à se faire remettre les outillages nécessaires à l'exécution du marché. Sous réserve des constatations de fait que seul le juge du contrat est habilité à faire, le Conseil d'Etat donne leur plein effet aux clauses de ce genre — et « à titre de mesure provisoire et urgente » met la collectivité publique à même d'obtenir satisfaction.

Sur un autre plan, la décision du 13 juillet 1956 précise que des moyens de coercition peuvent être donnés à l'Administration par le juge des référés, lorsque des sanctions contractuelles sont inefficaces. En l'espèce en effet, la sanction constituée par la résiliation aux torts eût été illusoire et n'aurait pas donné les résultats voulus. De ce point de vue, la décision du 13 juillet 1956 a une importance extrême en ce qu'elle fournit à l'Administration une sanction générale des obligations contractuelles, pour le cas où les autres sanctions seraient inopérantes.

La décision du 13 juillet 1956, interprétée à la lumière des conclusions conformes du Commissaire du Gouvernement permettra ultérieurement de préciser certains points controversés en ce qui concerne les faillites et les règlements judiciaires.

Sans grande utilité pratique, les clauses de transfert de propriété qui portent sur des objets en cours de fabrication présentent par ailleurs des inconvénients rappelés par le titre 1^{er} et par l'exposé des motifs du décret n° 53-405 du 11 mai 1953. Les risques de perte sont mis à la charge de l'Etat par ces clauses ; ces risques sont à vrai dire pratiquement négligeables dans le cas des

marchés industriels ; la clause obligeait d'autre part l'Administration à reprendre à la valeur contractuelle (27) des objets en cours d'usinage ou de montage à des stades divers ; les travaux d'achèvement sont particulièrement coûteux et les arsenaux n'ont pas toujours la possibilité de les exécuter eux-mêmes.

C'est pourquoi le cahier industriel n'a pas tranché les controverses qui s'étaient élevées sur la validité et les conséquences des clauses de transfert de propriété. Sans interdire leur emploi, le décret du 11 mai 1953 y renonçait ; il a semblé sans intérêt de les rendre à nouveau obligatoires. L'article 83, § 6, du Cahier industriel laisse au marché le soin de prévoir éventuellement les conditions dans lesquelles, en contrepartie des paiements d'acomptes la propriété des approvisionnements, fournitures élémentaires et produits intermédiaires est transférée à l'Etat. Ce même article a été repris, inchangé, par le Règlement Air 1714 et 1714 B, alors que le Règlement Air 1713 imposait dans tous les cas l'insertion d'une clause de transfert de propriété.

Le droit allemand permet à l'Etat, en cas de faillite du fournisseur, de revendiquer le matériel acquis avec les avances consenties pour l'exécution du marché ; mais en pratique, l'existence de cautions permet d'éviter d'avoir recours à ces formalités. Le droit allemand en est ainsi à un stade comparable à celui auquel est arrivé le droit français.

L'intérêt présenté par les clauses de transfert de propriété se voit surtout dans les cas de faillite et de règlement judiciaire. On rencontre alors des problèmes délicats qui se situent au point de rencontre des institutions du droit public et du droit privé, du droit administratif et du droit commercial.

3° Les rapports entre le droit public et le droit privé à l'occasion des faillites et des règlements judiciaires.

Si plusieurs articles du Cahier industriel traitent de la faillite et du règlement judiciaire d'un fournisseur, le cahier est resté muet sur le conflit possible entre le droit administratif et le droit commercial en pareille hypothèse.

L'article 30, § 3, définit dans quelle mesure les personnes ou sociétés en état de faillite ou de règlement judiciaire peuvent se voir confier l'exécution d'un marché. Les personnes ou sociétés

(27) La valeur contractuelle est la valeur prévue au contrat pour la fourniture achevée, multipliée par le pourcentage d'avancement de cette fourniture.

en état de faillite ne peuvent en aucun cas être admises à présenter des offres. Les personnes ou sociétés en état de règlement judiciaire doivent être préalablement autorisés par l'Administration.

Le Cahier industriel ne précise pas que cette autorisation suppose que la poursuite de l'exploitation ait elle-même été autorisée par le Tribunal de Commerce, selon l'article 70 du décret du 20 mai 1955 ou par la masse des créanciers, selon l'article 153, mais cela va de soi. Ici, les rapports entre le droit public et le droit privé s'ordonnent aisément : l'Administration ne recevrait les offres d'un commerçant en état de liquidation judiciaire que si le tribunal ou la masse avaient donné les autorisations requises; au surplus, l'administrateur du règlement judiciaire ne contresignerait pas sans cela les soumissions. Cette solution est du reste voisine de celle adoptée par l'article 62, § 2, du Cahier, qui concerne l'exécution des marchés en cours.

Plus délicates sont les questions soulevées par les marchés industriels en cours à la date du dépôt de bilan, que l'Administration veuille résilier ces marchés ou qu'elle cherche à en obtenir l'exécution. Dans l'une ou l'autre hypothèse, la créance de l'Etat intéresse au premier chef les autres créanciers, et les règles du droit public s'opposent à celles du droit privé. Ce conflit ne peut se résoudre qu'en rappelant certains principes.

Seul le juge administratif est compétent pour trancher un litige portant sur l'exécution d'un contrat administratif; le juge judiciaire n'est en aucun cas compétent pour déterminer le montant des dettes et des créances nées de l'exécution, totale ou partielle, d'un marché (28). On ne saurait par conséquent, fût-ce au nom de la plénitude de juridiction, attribuer cette compétence au Tribunal de commerce : il y aurait là une question préjudicielle qui rendrait nécessaire le sursis à statuer et le renvoi à la juridiction administrative. Mais il n'est pas possible d'élever le conflit devant le Tribunal de Commerce qui n'est pas doté d'un ministère public. Si la règle était transgressée devant le Tribunal de Commerce, l'Administration devrait aller en appel.

C'est à la lumière de ces principes que peuvent être interprétés les articles du Cahier industriel.

La liquidation des marchés résiliés à la suite de la faillite ou du règlement judiciaire s'opère, en vertu de l'article 62, § 4, comme en

(28) Ces principes ont été rappelés par le Commissaire du Gouvernement CHARDEAU, Conseil d'Etat, 13 juillet 1956, Office public d'H.L.M. du Département de la Seine (LEBON, 1956, p. 338 précité).

cas de résiliation aux torts. L'article 59, § 5, prévoit que tout bénéfice sur la partie non exécutée du contrat est exclu ; le coût des marchés passés aux frais et risques est porté au débit du titulaire ; si aucun marché par défaut n'est passé, les pénalités peuvent être portées au cinquième du marché ; à ces pénalités peuvent en outre s'ajouter des dommages-intérêts en compensation du préjudice subi par l'Etat du fait de l'inexécution du contrat ; ces dommages-intérêts sont évalués administrativement, c'est-à-dire de façon unilatérale, par l'Administration, sous le contrôle du juge du contrat.

De cette façon, la créance de l'Etat dans une faillite ou un règlement judiciaire peut s'accroître de façon très importante, au détriment des autres créanciers chirographaires.

On a fait valoir que les pénalités ainsi infligées après le jugement déclaratif pesaient sur les créanciers plus que sur le titulaire, généralement insolvable, du marché résilié. Mais il n'y a là aucun conflit possible entre le droit administratif et le droit commercial : les tribunaux de commerce accordent eux-mêmes des dommages-intérêts considérables aux créanciers chirographaires titulaires d'un contrat que le failli ou le liquidé judiciaire est incapable de mener à bonne fin.

La question s'est posée également de savoir si l'Etat pouvait passer un marché aux frais et disques du failli ou du liquidé judiciaire. Un tel marché est en réalité passé aux frais des créanciers chirographaires. Mais, d'une part, l'article 62, § 4 renvoie à l'article 59, § 5 qui prévoit ces marchés par défaut. D'autre part et surtout, porter au débit du titulaire du marché résilié à la suite de la faillite ou du règlement judiciaire le coût des marchés par défaut n'est qu'une façon de décompter administrativement un élément du préjudice, et doit donc être admis, en veillant naturellement à ce que le même chef de dommages et intérêts ne soit pas compté deux fois.

Au surplus, les créances produites au passif par l'Etat au titre d'un marché donné forment un tout. La compensation des dettes et des créances, dans une faillite ou un règlement judiciaire, est admise dans le cadre d'un marché donné (29), alors qu'elle

(29) Voir Cour de Cassation, 16 mars 1942. Trésor Public. C. GRAUX et FOUBERT ès qual. DALLOZ critique, 1^{er} cahier 1944, p. 2 et la Note CHÉRON.

Il y a en effet une étroite connexité entre les dettes et les créances de tout nature nées d'un marché donné. Remarquons simplement que la compensation dont il est question vise la production au passif, mais n'implique aucunement une compensation au sens de la comptabilité publique, ce qui serait interdit.

n'est autorisée de marché à marché que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, et fondées sur des considérations de pur fait.

L'article 63, intitulé « Dispositions communes aux différents types de résiliation », pose peut-être les problèmes les plus graves du point de vue des rapports entre le droit public et le droit commercial.

L'Etat peut ordonner la livraison des pièces en cours de fabrication, des approvisionnements et outillages nécessaires à l'exécution des marchés. Nous avons vu que des moyens de contraindre le fournisseur à s'exécuter sont à la disposition de l'Administration. Or, la livraison de ces objets distrairait une partie du gage des créanciers. L'Etat paiera à la valeur contractuelle, mais seulement les objets dont il acquerra la propriété, non ceux dont il ne se procurera que la possibilité d'user. En réalité, la portée de ces dispositions ne doit pas être exagérée. La livraison à l'Etat de certains moyens d'exécution tels que tracés, vérificateurs, outillage ne semble pas viser les machines-outils, mais seulement les plans et dessins, et, d'autre part, le petit appareillage sans valeur si ce n'est pour la production même pour laquelle il a été réalisé. Le problème serait éventuellement différent si les machines-outils avaient été acquises sur des deniers publics. L'Etat peut également indiquer la partie de la fourniture qui sera exécutée en tout état de cause.

Aucune difficulté n'est à prévoir si l'exploitation continue. En ce cas, les marchés en cours sont continués par la masse, l'Etat ignore la faillite ou le règlement judiciaire et se trouve dans la même situation qu'un créancier privé dont le contrat est achevé au bénéfice de la masse et par elle. Ce cas est avantageux pour l'Etat qui n'a pas à supporter la loi du dividende, mais un créancier privé placé dans cette situation en tirerait les mêmes avantages.

Si la poursuite de l'exploitation n'a pas été autorisée, le syndic de la faillite ou l'administrateur au règlement judiciaire vont moins essayer de réaliser l'actif, ce qui ne rapporte que des sommes dérisoires, que de trouver un groupe financier susceptible d'exploiter le fonds de commerce ou les éléments rentables de celui-ci.

Or, le droit de l'Etat de se faire délivrer certains objets, et le droit d'obtenir l'achèvement en usine de tout ou partie des marchés en cours d'exécution peut empêcher pratiquement un groupe industriel d'entrer dans l'affaire.

En outre, un conflit est possible entre la décision du Tribunal de Commerce interdisant la poursuite de l'exploitation, et la décision administrative exigeant certaines livraisons.

Si l'on considère que le droit de l'Administration à prendre cette décision n'est pas contesté, il y a pas lieu d'examiner le contrat dans lequel ce droit prend sa source. Il n'y a pas lieu par conséquent de saisir la juridiction administrative. Mais, ce qui est en question, c'est le droit pour le titulaire d'exécuter un travail, car ce faisant, il serait susceptible de nuire à ces créanciers. Ce droit lui est dénié par une décision judiciaire. Seule la juridiction judiciaire peut interpréter cette décision et en fixer la portée.

En pareil cas, l'Administration devrait, semble-t-il, s'adresser au Tribunal de Commerce pour lui demander, compte tenu des circonstances de fait, qui devraient évidemment être très graves, qu'une autorisation exceptionnelle soit donnée pour continuer l'exécution des marchés. Des garanties financières pour les créanciers pourraient être la condition de cette autorisation. Si cette autorisation était refusée, il resterait à l'Administration la possibilité de se faire délivrer les moyens nécessaires à l'exécution du marché, en élargissant l'interprétation actuellement admise de la nature des moyens en cours.

Le Cahier industriel reconnaît d'ailleurs lui-même la prééminence de la juridiction judiciaire en ce qui concerne l'autorisation de poursuivre l'exploitation. L'article 62, § 2 subordonne en effet l'autorisation par l'Administration de poursuivre l'exécution du marché à l'autorisation par le Tribunal de Commerce de poursuivre l'exploitation. Un conflit ne serait donc concevable que sur le point limité des livraisons exigées en tout état de cause.

En fait, ce sont des solutions de compromis qui interviennent, l'Etat y trouve un avantage. Le groupe financier qui s'efforce de reprendre le fonds de commerce s'efforce d'en sauvegarder la clientèle, notamment celle de l'Etat ; celui-ci a besoin que ses marchés s'exécutent. Il y a là une possibilité de s'entendre sur les modalités de la reprise des fabrications.

L'Etat est amené en ce cas tantôt à exiger que les marchés soient achevés au prix initial, tantôt à accorder une exonération des pénalités ou un supplément de prix. Les créanciers de la faillite ou du règlement judiciaire y trouvent un avantage, en ce que le dividende concordataire est sensiblement plus élevé que si aucune entente n'intervenait.

L'article 63 ne heurte pas à proprement parler les règles du droit privé, mais est cependant à la limite du droit commercial. Dans une faillite ou un règlement judiciaire, on voit en réalité l'opposition entre de multiples petits créanciers, et un certain nombre de créanciers pour lesquels la créance est généralement moins importante que l'exécution des contrats. L'Etat n'a pas, de ce point de vue, d'intérêt différent de ceux des industriels. L'Etat n'a pas, à vrai dire, d'unité en pareille hypothèse. Il faudrait nuancer l'analyse de sa position, en distinguant les services industriels de l'Etat, proche des sociétés nationales, de certains établissements publics ou des industriels privés, et les services du fisc dont l'attitude est probablement plus voisine de celle des organismes de Sécurité Sociale.

Mais en matière industrielle et commerciale, la lenteur des procédures pèse d'un poids certain. La crainte de voir porter le litige devant la juridiction administrative, après que le conflit ait été élevé, conduit les intéressés à rechercher avant tout un accord, ce qui limite en pratique les inconvénients des différences qui peuvent exister entre le droit public et le droit privé.

Ces conflits se résolvent en définitive moins sur le plan juridique que sur le plan économique. Et c'est en ce sens que l'on doit constater l'absence d'une doctrine économique fixant l'attitude que doit adopter l'Administration face à la défaillance du titulaire d'un marché industriel, déclaré en faillite ou admis au bénéfice du règlement judiciaire. Plus généralement, on doit remarquer l'absence dans le droit des marchés industriels d'une doctrine industrielle là où elle serait nécessaire.

B. — LES PROBLÈMES ÉCONOMIQUES ET INDUSTRIELS.

1° *L'action de l'Administration face à la faillite ou au règlement judiciaire du titulaire d'un marché industriel.*

Le droit des marchés industriels se constitue. Peu à peu, un certain nombre de règles sont définies. Mais il manque toujours une doctrine définissant l'attitude que l'Etat fait adopter face à la faillite ou au règlement judiciaire d'un de ses fournisseurs.

L'article 62 du Cahier industriel ouvre deux voies : la résiliation du marché, qu'elle soit suivie ou non d'un achat aux frais et risques de l'industriel, et la continuation des marchés avec la masse. Cet article n'a pas épuisé toutes les hypothèses et ne fournit guère d'indications sur les raisons de choisir l'une ou

l'autre, si ce n'est pour tenir compte de l'autorisation accordée ou non de poursuivre l'exploitation. Il convient donc d'aller plus loin dans cet examen.

Lorsque l'autorisation de continuer l'exploitation est accordée, l'Administration a généralement intérêt à demander la poursuite du marché, échappant ainsi à la loi du dividende. Ce n'est cependant pas nécessairement le cas. Les marchés industriels supposent une production de qualité. Or, le simple dépôt de bilan apporte des perturbations profondes dans une entreprise ; celles-ci s'aggravent si le règlement judiciaire ou la faillite sont prononcés ; une partie des cadres s'en vont, spécialement ceux qui se savent difficiles à remplacer ; les difficultés techniques s'ajoutent aux difficultés de trésorerie. Dans certaines hypothèses, l'Administration peut craindre, avec une grande vraisemblance, que la qualité du travail ne souffre dans des proportions telles que le matériel ne pourra pas être recetté. En ce cas, la résiliation du marché s'impose, spécialement s'il est possible de trouver un concurrent auquel le marché de remplacement sera passé.

Lorsque l'autorisation de continuer l'exploitation est refusée, deux cas se présentent. Si le titulaire du marché n'a, au point de vue économique, qu'une surface réduite, on va vers la licitation de ses biens ou vers un concordat particulièrement onéreux. En pareil cas, l'intérêt de l'Etat est évidemment de résilier aux torts le marché et de produire au passif la somme la plus élevée possible, encore que des considérations variées interviennent pour réduire les sommes entrant finalement dans la production.

Beaucoup plus intéressant est le cas où le titulaire du marché industriel représente un potentiel économique important, qui subsiste à travers la faillite ou le règlement judiciaire, au moins partiellement. C'est du reste le cas général dans les marchés industriels. Le dépôt de bilan peut avoir été engendré par un excès du chiffre d'affaires par rapport au capital de l'entreprise ; dans d'autres cas, par une insuffisance des investissements ; plus rarement par des fautes de gestion caractérisées susceptibles de conduire à la banqueroute. Dans tous ces cas, l'entreprise est capable de reprendre sa place sur le marché si elle reçoit les moyens de financement et la direction qui lui permettront de mettre en valeur ses références techniques et commerciales.

Le cahier industriel n'a pas prévu les procédés pratiques qui seront alors mis en œuvre pour trouver la solution de la faillite ou du règlement judiciaire.

Le syndic ou l'administrateur au règlement judiciaire s'efforce d'éviter la vente au détail des biens qui composent l'actif, du moins, la vente de ceux qui composent le potentiel industriel. Il est fréquent en effet que certains biens qui ne participent pas directement à l'exploitation et alourdissent le bilan sans participer au roulement du capital puissent être aliénés sans réduire le potentiel de production.

Le souci du syndic ou de l'administrateur est plutôt de louer le fonds de commerce dans son ensemble, à des conditions plus avantageuses pour la masse qu'une vente au détail. L'exploitation continue ainsi par l'intermédiaire d'une société d'exploitation, d'une société de gérance, titulaire d'un contrat de gérance libre du fonds de commerce, très exceptionnellement par une société de mandat ne prenant pas de responsabilité propre. Une clause usuelle des contrats de gérance libres est que le preneur du fonds de commerce a le droit de rester dans les lieux jusqu'à l'achèvement des marchés en cours d'exécution, même si ces marchés ont été signés après le début de la gérance libre. En pratique, cette clause, combinée avec un aménagement judicieux du carnet de commandes, donne au seul gérant libre vocation pour acquérir les installations industrielles et le fonds de commerce lorsqu'il est possible de présenter un concordat. Les autres groupes financiers et industriels ne peuvent en effet acquérir à des conditions avantageuses pour la masse des installations où un tiers serait installé pour un temps indéterminé.

Avant de parvenir au concordat, la société d'exploitation négocie avec l'Administration à quelles conditions pourraient être achevés les marchés en cours. Les procédés juridiques employés sont variables. Parfois, la société d'exploitation reprend les marchés à son compte, un nouveau marché est passé, accompagné de la résiliation du marché ancien. Il convient alors de prendre la précaution de faire examiner par la société d'exploitation le matériel en cours de fabrication avant la conclusion du nouveau marché, afin d'assurer l'unité de la garantie du matériel. Il en est de même lorsque le marché n'est pas résilié et qu'un simple acte additionnel de changement de titulaire est signé. Parfois, la société d'exploitation se porte caution solidaire de l'exécution du marché, en intervenant comme co-signataire d'un acte additionnel mentionnant le nom et le rôle de la caution qui s'engage contractuellement. D'autres procédés pourraient éventuellement être employés.

La société d'exploitation supplante ainsi la société en déconfiture dans les positions commerciales qu'elle avait vis-à-vis des principaux clients. La société d'exploitation, après avoir constitué ses cadres, après avoir réorganisé l'entreprise est alors en état de garantir les propositions concordataires qu'elle suggère à la société en déconfiture. Le prix de cette garantie est généralement la fusion des deux sociétés. La société en faillite ou en état de règlement judiciaire réduit son capital pour apurer ses pertes ; la société d'exploitation procède à une augmentation de capital à la fois pour se procurer des moyens d'investissement et de trésorerie et pour acquérir la majorité dans le capital de la société nouvelle. Les actions nouvelles, après la fusion, sont attribuées en proportion du capital apporté, ce qui réduit les anciens propriétaires à une position minoritaire.

L'essentiel est de voir que la constitution d'une société d'exploitation préfigure la solution définitive de la faillite ou du règlement judiciaire sur le plan économique. L'Etat a ainsi un rôle des plus importants à jouer, en acceptant ou en refusant de confier l'achèvement de ses marchés à tel ou tel groupe financier.

On ne peut pas poser des règles abstraites qui définiraient ce que doit être la position de l'Etat en pareille circonstance, tant sont variées les circonstances de fait. Tout au plus peut-on citer, sans prétendre être complet, certains des facteurs à prendre en considération. On peut tenir compte du niveau technique des sociétés qui participent à la création de la société d'exploitation qui se propose. On doit tenir compte de leur puissance financière et plus spécialement de l'effort d'investissement qu'elles consentent pour poursuivre l'exploitation. Très souvent en effet, le dépôt de bilan trouve son origine lointaine dans une insuffisance des investissements. Les possibilités commerciales des fondateurs, les ententes internationales auxquelles ils participent sont également à prendre en considération ainsi que les droits de propriété industrielle dont ils disposent.

Habitué à traiter avec les industriels, à surveiller leurs travaux, à analyser leur comptabilité, les services de la Défense nationale ont généralement des éléments concrets pour asseoir leur jugement dans les affaires de la sorte.

2° Les pénalités pour retard.

Le cahier industriel est resté très classique en ce qui concerne la sanction des retards du fournisseur. Les pénalités prévues par

l'article 50 sont les mêmes que celles prévues par le cahier du 21 novembre 1932, encore qu'une autre formule soit proposée aux services. Or, cette position traditionnelle est vivement critiquée par les industriels. On ne saurait, d'autre part, oublier que les barèmes des pénalités sont en fait corrigés par les remises gracieuses et les exonérations diverses qui sont consenties par l'Administration. Le droit et le fait sont en désaccord, et la nécessité de réformer le système actuel est admise. C'est la doctrine, les principes, d'une telle réforme qui restent justement à définir.

Les retards de livraison sont un fait. En droit anglais, les conditions générales sont particulièrement sévères et précisent que les délais sont de l'essence des contrats. En droit américain (30), les services militaires disposent d'une menace très redoutée, la résiliation pour retard de livraison. En République fédérale allemande, les fournisseurs apportent un soin particulier à respecter les délais contractuels, et en contrepartie l'Administration remet libéralement les pénalités encourues.

Les industriels se refusent en France à considérer que les délais soient impératifs. Ils font valoir l'impossibilité où ils sont d'obtenir de leurs fournisseurs et de leurs sous-traitants des délais fermes qui soient effectivement tenus. Surtout, ils critiquent la façon dont sont fixés les délais contractuels.

Ces deux sortes de raisons n'ont pas la même signification.

Les retards de livraison dans l'industrie sont malheureusement réels ; ils obligent les sociétés françaises à posséder des stocks plus importants que leurs concurrents étrangers, ce qui pèse sur les prix de revient. En ce sens, des pénalités pour retard pourraient, en première analyse tout au moins, jouer un rôle heureux en obligeant les fournisseurs à mettre tout en œuvre pour éviter ou limiter le retard. La faiblesse de ce procédé est évidente : les pénalités interviennent à la fin du processus de fabrication et leur incidence se répercute difficilement et imparfaitement sur les producteurs situés à l'origine de ce processus.

La fixation des délais contractuels, telle qu'elle est généralement pratiquée, rend très difficile la fixation de pénalités équitables. Les fournisseurs affirment être contraints de signer des marchés dont les délais contractuels ne sont pas suffisamment longs. Il ne sert à rien de s'abriter derrière la lettre du contrat, et c'est

(30) Annexe VIII du Rapport du 31 janvier 1956 présenté par la Mission d'Etude des Marchés publics, sur les Marchés militaires aux Etats-Unis.

à bon droit que la circulaire n° 1591 CC/CBC, du 9 novembre 1946, a insisté, en son titre VI, sur l'importance d'une fixation raisonnable des délais contractuels.

Ce n'est que si des délais convenables ont été fixés par le contrat qu'il peut être envisagé de chercher sur quelles bases pourraient être prévues des pénalités pour retard. Dans ses observations du 5 janvier 1954, le Conseil National du Patronat Français fait valoir que le maximum des pénalités ne doit pas être atteint trop tôt, de façon à ce que le fournisseur soit incité plus longtemps à rattraper son retard. Il critique par ailleurs le montant maximum des pénalités, qui est trop élevé.

C'est en effet la première idée qui se présente à l'esprit, fixer des pénalités importantes pour que le retard soit lourdement sanctionné. Ce calcul ne se révèle pas toujours exact. Le risque représenté par les pénalités pour retard peut avoir été incorporé dans les prix, et il n'est pas certain qu'il soit dans tous les cas de l'intérêt de l'Etat de prévoir des pénalités élevées.

Finalement, on en vient à concevoir l'idée que, pour être efficaces, les pénalités pour retard ne doivent pas être fixées dans l'abstrait, mais après une analyse économique, et en fonction des résultats de cette analyse.

Les pénalités pour retard ne se comprennent pas indépendamment de la fixation du délai, mais non plus du prix. Si le prix résulte d'une concurrence effective, il paraît possible de prévoir un barème de pénalités sans que le montant maximum de ces pénalités soit nécessairement répercuté dans les devis. Encore n'est-ce pas certain, ne serait-ce que parce que la concurrence est très limitée en matière de marchés industriels. Si le marché est passé de gré à gré, ou si la concurrence qui a pu exister ne s'est pas placée sur le terrain du prix, il est à craindre que le risque de voir infliger des pénalités ne soit intégralement représenté dans les devis, et inclus dans le prix.

Les pénalités doivent donc être considérées en fonction des conditions économiques du marché en cours de préparation. Il ne devrait pas être prévu de pénalités systématiquement dans tous les marchés, de peur que le risque n'en soit répercuté dans les prix.

Des pénalités pour retard ne devraient être insérées dans un marché que pour des raisons précises ; elles ne pourraient l'être que lorsque le prix de revient a pu être déterminé avec exactitude, et là où les délais ont pu être étudiés d'après une expérience

antérieure. Une telle méthode conduirait à utiliser plus souvent la faculté offerte par le cahier industriel de fixer un barème de pénalités en fonction des caractéristiques du marché.

Enfin, il est nécessaire de prévoir que les pénalités infligées pourront être remises par mesure gracieuse. Ce n'est pas contradictoire avec les principes précédents. Même si les pénalités ne sont prévus qu'à bon escient, il est utile que l'Administration conserve la faculté de modérer cette sanction, ou d'y renoncer. Il s'agit d'introduire un minimum de souplesse dans les rapports contractuels.

Les circonstances de fait prises en considération pourraient être uniquement celles qui sont propres à l'exécution du marché. Cette méthode accorderait la prééminence aux obligations contractuelles. On pourrait, par ailleurs, ne retenir que les faits propres au fournisseur, mais tenir compte également de la façon dont il aurait exécuté des marchés précédents. A l'opposé de ces deux attitudes, la décision pourrait être déterminée en fonction des intérêts les plus larges de l'Etat, de sa politique économique, de l'intérêt présenté par la branche économique dont relève le fournisseur, du rôle de celui-ci dans la production nationale.

Cette dernière attitude pourrait se concevoir ; elle ne serait qu'un aspect de la subordination, dans le droit administratif, des intérêts particuliers à l'intérêt général. Mais, ses inconvénients sont non moins graves et conduisent à la rejeter : l'attitude de l'Administration vis-à-vis du fournisseur ne doit pas se fonder sur des considérations trop abstraites, trop lointaines de l'exécution même du marché en cours ; au surplus, l'exonération des pénalités pour retard serait un instrument bien imparfait et bien inadapté à la politique économique générale. Tout conduit donc à rejeter cette solution, qui alourdirait encore la procédure des marchés publics.

Les remises de pénalités ne peuvent cependant pas être accordées ou refusées pour des motifs tirés du seul marché intéressé : force est bien de rechercher quelle est, habituellement, l'attitude du fournisseur vis-à-vis de ses obligations contractuelles. Les causes de retard sont complexes. Le fait du fournisseur, celui des tiers, celui de l'Administration, se trouvent dans chaque cas concret. Lorsqu'il existe un doute sérieux sur l'étendue de la responsabilité du fournisseur, la décision de l'Administration ne peut se fonder sur la connaissance d'un seul marché lorsqu'il existe par ailleurs d'autres éléments d'information, lorsqu'on sait par exemple que le fournisseur a l'habitude de s'engager sur des

délais de livraison trop courts ou lorsqu'il est notoire qu'il s'efforce de réduire les retards lorsqu'il s'en produit.

Les services de l'Administration tiennent nécessairement compte de l'appréciation générale qu'ils portent sur le fournisseur, mais cette appréciation ne doit jouer un rôle déterminant qu'à défaut d'éléments de décision tirés directement de l'exécution du marché étudié.

3° *Les rapports entre les industriels et l'Etat.*

Le cahier industriel a voulu présenter une synthèse de la réglementation applicable aux marchés qu'il concerne. Mais le texte ne comporte pas d'indication sur la façon dont s'ordonnent en pratique les relations entre le fournisseur privé et l'Etat-client. Et c'est pourquoi il peut être intéressant d'esquisser une théorie des rapports entre l'industriel et l'Administration contractante.

La matière est riche, et ce n'est pas dans le cadre de la présente étude qu'on peut espérer l'épuiser. S'il faut une raison de choisir parmi les aspects qui seront abordés, il semble judicieux de s'attacher aux conséquences économiques du droit positif des marchés industriels, également aux critiques fréquemment formulées à l'encontre des solutions adoptées par telle ou telle Administration.

a) *L'existence des clauses administratives générales.*

Les industriels sont, de façon habituelle, hostiles à la complication des cahiers des clauses administratives générales. Le cahier applicable aux marchés industriels est apparu plus complexe que le cahier du 21 novembre 1932 auquel chacun était habitué.

Sans défendre ici les textes de 1955 et de 1958, l'on peut faire remarquer, toutefois, qu'il n'y a pas là un phénomène propre à l'Etat, ni même aux collectivités publiques et semi-publiques.

Les sociétés privées connaissent souvent leurs propres conditions générales, souvent appelées « Conditions de vente », volontiers draconiennes, stipulant des clauses d'attribution de compétence en cas de litige, des clauses relatives aux délais de paiement, refusant tout engagement sur les délais de livraison, toute pénalité pour retard, toute responsabilité en cas de transport, pour ne citer que quelques clauses usuelles. Il faut toutefois

remarquer que les sociétés travaillant souvent pour l'Etat ne possèdent généralement pas de telles conditions de vente, ou du moins n'en font pas usage dans les marchés publics.

Ces conditions n'entrent pas même en conflit avec les règles du droit administratif auxquelles elles sont contraires. Le droit public seul s'applique au marché qui forme un tout auquel ne viennent pas déroger les conditions de vente qui sont de style dans les rapports de droit privé.

On pourrait trouver dans les grandes sociétés, qui connaissent des problèmes semblables à ceux qui se posent aux Administrations publiques, des textes analogues à ceux qui émanent de ces Administrations, pour régler la façon dont doivent être pris les contacts avec les fournisseurs ou applicables aux relations internes entre les services acheteurs et les services consommateurs, pour ne citer que deux exemples.

De telles sociétés admettent sans discuter la nécessité de clauses administratives générales ; elles voient même l'utilité de les étudier de façon approfondie.

Il ne semble pas, dans ces conditions que l'existence d'un cahier de clauses administratives générales puisse à elle seule créer des difficultés sérieuses.

2° *L'intervention nécessaire des données économiques dans la réglementation.*

La réglementation des marchés, on l'admet généralement, doit tenir compte des données économiques, sous peine de ne pouvoir être appliquée. Il serait faux de voir une nouveauté dans cette affirmation. Les règles très strictes des marchés de fournitures répondaient aux besoins de la Grande Armée, face à une certaine structure économique, celle des munitionnaires. Si la structure s'est modifiée, les règles ont subsisté dans une large mesure. A l'extrême — le cas des achats aux frais et risques — l'institution se vide d'une large part de sa substance.

Encore faut-il connaître ces données économiques sur lesquelles fonder la réglementation. Or, il faudrait avoir des renseignements précis à des niveaux très différents.

Connaître le processus de production est nécessaire pour juger sainement les résultats de la concurrence, par exemple dans un appel d'offres. Pour fournir le même matériel, une société commencera par créer un outillage, une autre n'en fera pratiquement pas. Le prix unitaire, dans le second cas, est généralement moindre, lorsque la série est courte. Il peut cependant être préférable

de passer commande au plus-disant, soit qu'on envisage l'éventualité d'une commande ultérieure, soit qu'on veuille créer un potentiel de production sans envisager de nouvelle commande dans un délai rapproché. Ces renseignements se situent ainsi au niveau de l'entreprise elle-même, de même que les analyses et enquêtes comptables confiées au contrôle des fabrications du matériel de guerre.

Il est indispensable également de connaître au niveau de la branche économique l'état de la concurrence, aussi bien sur le plan financier que sur le plan technique. Il convient de ne pas s'obstiner à rechercher une concurrence illusoire dans une branche économique où des ententes solides auraient été réalisées. Un règlement qui interdirait à l'Administration de traiter de gré à gré pourrait ainsi nuire aux intérêts financiers de l'Etat. Il faut admettre que les « garanties » prévues par le droit administratif peuvent se retourner contre la collectivité publique si elles viennent à contre-temps, et si l'Administration n'a pas une liberté suffisante d'appréciation. Des exemples pourraient être cherchés dans différentes directions, notamment dans la réglementation des prix.

D'une façon plus large, la réglementation doit s'inspirer des objectifs économiques de l'Etat qu'elle ne doit pas contrarier. C'est ainsi que le choix d'un système de passation des marchés est lié non seulement à la structure économique en général, mais également à l'idée admise sur ce que doit être la structure économique en général. L'analyse de l'institution de l'adjudication le montre nettement (31).

Les préoccupations économiques sont ainsi continuellement présentes sous la réglementation administrative des marchés publics. Elles ne peuvent l'être que davantage dans les marchés industriels, selon le critère qui a été retenu.

On peut facilement trouver des exemples de ces préoccupations dans les textes : c'est ainsi que l'article 34 § 4 prévoit que l'industriel « dont une importante partie de l'activité est consacrée aux fabrications du secteur public... » peut être soumis à des obligations particulières.

Cet article est libéral, dans la mesure où il laisse une marge d'appréciation à l'Administration contractante, et, en ce sens, il doit être approuvé parce qu'il ne prétend pas soumettre à une règle abstraite unique des situations différentes en fait ; cette

(31) Sur ce point, voir la thèse de M. QUANCARD.

liberté d'appréciation laissée à l'Administration doit en principe éviter une application à contre-temps des règles de l'article 34 § 4. Mais cet article tend à ne pas traiter tous les fournisseurs sur un pied d'égalité, ce qui se justifie sur le plan économique, mais qui n'est pas sans présenter des inconvénients sur le plan du droit. On retrouve ici le problème soulevé par les recours contentieux formés contre les décisions administratives prises en matière d'économie dirigée.

Un texte de cette nature est donc d'un maniement délicat et une véritable « jurisprudence » administrative serait nécessaire avant de pouvoir en définir avec exactitude la portée et les conséquences.

La prise en considération des données économiques est difficile. L'Administration peut s'en inspirer pour fixer les règles qu'elle applique et la pratique qu'elle suit, mais doit ne le faire qu'avec prudence, dans le respect des principes généraux du droit public.

c) *Les relations entre l'Etat et ses fournisseurs dans les marchés industriels : la pratique administrative et les usages des affaires.*

Le Cahier industriel, déclare-t-on souvent, met en tutelle les industriels et les assujettit à l'Etat. Il faut éviter toutefois de prendre ici l'effet pour la cause. Il est certain que le cahier fut rédigé initialement par des administrations connaissant des fournisseurs spécialisés dans les fournitures militaires, et dont l'Etat était pratiquement le seul client, ou tout au moins le client principal. Il est finalement sans intérêt d'opposer les sociétés privées aux sociétés nationalisées. Certaines entreprises nationales — et leurs dirigeants l'admettent volontiers — se conduisent en matière commerciale comme le ferait une société privée travaillant pour la clientèle privée et placée sous le signe de la libre concurrence (32). Au contraire, certaines sociétés font avec l'Etat la plus grande partie des affaires qu'elles réalisent, parfois même plus spécialement avec tel département militaire ou tel service. On a parlé, en certains cas, d'« arsenaux *in partibus* » pour exprimer une telle situation.

(32) « La Régie nationale des Usines Renault devant la concurrence ». Rapport présenté par B. VERNIER-PALLIEZ, Secrétaire général de la Régie nationale des Usines Renault. Essais et Travaux ... de l'Université de Grenoble. Travaux du 3^e colloque des Facultés de Droit : « Le Fonctionnement des Entreprises nationalisées en France ». DALLOZ (1956).

Il est clair que la connaissance du chiffre d'affaires et de sa décomposition par client a autant d'importance, pour comprendre les relations existant entre l'Etat et ses fournisseurs, que celle de la forme juridique de l'entreprise.

Les services se sont demandé quelles conséquences devaient être tirées de ces faits. La question a été posée sur le plan du bénéfice qui devait être accordé. « Les sociétés privées qui travaillent pour l'Etat sont toujours menacées d'une diminution des commandes : faut-il tenir compte, dans le calcul du bénéfice de ce que, dans les années à venir, l'usine aura à maintenir son potentiel sans commande ? » (33). Cela revient à reconnaître que les liens entre l'Etat et ses fournisseurs dépassent le cadre des obligations contractuelles. Lorsqu'en effet les commandes de l'Etat à un fournisseur représentent un pourcentage élevé du chiffre d'affaires de celui-ci, une association de fait existe entre cet industriel et le service qui est son principal client. Une telle entreprise courrait des dangers certains, en raison de l'irrégularité du montant des crédits et des commandes militaires, si l'Administration n'avait pas le souci de maintenir, pour les besoins de la défense nationale, un certain potentiel de production.

Plusieurs attitudes sont possibles ; l'une tend à augmenter le bénéfice pour compenser les variations du volume des commandes. Une autre attitude, inverse, a été présentée à la Commission mixte des marchés de la Défense nationale (34) :

« La notion d' « Etat associé de fait de l'industriel » est à « retenir dans la mesure où l'Etat, par le versement d'avances et « d'acomptes, par la mise à la disposition des industriels d'outillages, d'installations et d'usines à loyers réduits ou même gratuits prend certaines charges importantes qui devraient être « couvertes par le capital de l'entreprise ».

« Cette association s'accroît encore par la passation de marchés d'études et de prototypes et parfois par une politique de soutien, de maintien de potentiel sous des formes diverses, marchés préférentiels (35), prise en compte de dépenses improductives, ... etc. ».

« Il peut donc apparaître équitable que le bénéfice habituel « soit réduit en conséquence et limité en considération du capital

(33) Commission mixte des marchés de la Défense nationale, 20 décembre 1952, 15^e séance.

(34) 15^e séance, 20 décembre 1952

(35) Voir notamment article 112, b) du Décret n° 56-256 du 13 mars 1956.

« réellement investi dans l'entreprise. Mais il ne faut pas se dis-
« simuler que cette estimation du bénéfice variant suivant chaque
« entreprise compliquera encore un peu plus la tâche des ser-
« vices ».

On retrouve ici une préoccupation qui fut un élément important de la politique britannique des marchés d'armement pendant la Seconde Guerre mondiale, fixer le bénéfice d'après le capital engagé ; ces idées peuvent être rapprochées de celles qui inspirent le droit positif de l'Allemagne fédérale. Il est certain que cette méthode conduit à de sérieuses difficultés si l'on cherche à obtenir une précision notable de l'estimation du capital engagé.

S'il n'a pas été possible aux rédacteurs du Cahier industriel de résoudre de façon générale et sur le plan théorique le problème posé par le mode de calcul du taux de bénéfice, des solutions concrètes ont été adoptées par les différents services. Il est intéressant de rappeler la méthode suivie, au moins dans certains cas, par la Direction technique et industrielle de l'Aéronautique. Sans prétendre contrôler chaque marché isolément, la D.T.I. préfère s'assurer que les industriels qui dépendent d'elle ont effectivement réalisé au cours de l'exercice écoulé un bénéfice moyen suffisant. Le surplus est éventuellement reversé au Trésor : réciproquement, un complément peut être accordé au fournisseur. Les résultats de cette politique industrielle ont été brillants au point de vue technique ; ils sont plus discutés sur le plan financier et le plan commercial.

Quelle que soit la méthode employée, un accord unanime a été réalisé sur la nécessité d'un contrôle étroit des sociétés qui font un pourcentage élevé de leur chiffre d'affaires avec les Départements militaires.

Mais la limitation des bénéfices n'est qu'une mesure partielle et l'Etat a le plus grand intérêt à obtenir également une limitation du coût de production. Par les pouvoirs qu'ils remettent à l'Administration, les marchés industriels sont indéniablement un moyen d'action sur les branches économiques intéressés.

Certaines industries étrangères, aux Etats-Unis notamment, obtiennent dans certains domaines des coûts de production moins élevés que les constructeurs français, en raison du recours généralisé qu'elles font aux sous-traitants spécialisés. Ceux-ci produisent en série des appareils qui sont intégrés dans la fourniture conçue, montée et garantie par le titulaire du marché.

Il ne semble pas qu'on ait recours en France de façon systématique à la sous-traitance — on devrait dire en l'espèce « à la sous-

commande » si l'on désirait respecter la terminologie non encore usuelle des articles 41 et 42 du Cahier industriel.

Trop souvent, les sous-traitants sont liés de façon trop exclusive au titulaire du marché et, en cas de réduction des commandes, ils subissent toute la rigueur d'une baisse du chiffre d'affaires.

Les industriels font valoir la difficulté d'obtenir des pièces de qualité constante et irréprochable et mettent en avant le coût des opérations de contrôle des pièces livrées. Ces objections sont évidemment fondées, mais il apparaît qu'il y a cependant un intérêt économique à développer le recours aux sous-traitants. C'est ainsi que le Plan régional de développement économique et social et d'aménagement du territoire de la région du Rhône et des Alpes (36) montre que la sous-traitance est un élément déterminant de l'équilibre économique en permettant la diffusion de l'expansion industrielle. La sous-traitance « évite (aux entreprises pilotes) des investissements importants et permet une meilleure organisation des conditions de production. Toutefois, il conviendrait sans doute d'éviter que les groupes professionnels vivant de la sous-traitance dépendent exclusivement d'une seule branche ».

Les dispositions du Cahier industriel permettent aux Départements militaires de concevoir puis d'appliquer une politique de la sous-traitance qui, à long terme, réduirait les taux de frais généraux tout en favorisant la dispersion de l'industrie.

L'Administration peut également, à l'occasion des marchés industriels s'efforcer de susciter la concurrence. A court terme, la commande est scindée et les coûts unitaires sont plus élevés ; parfois, l'Etat doit même participer à l'effort d'investissement nécessaire pour mettre en service une nouvelle chaîne de production. Mais à long terme, nombreux sont ceux qui estiment que l'analyse des devis n'apporte pas de renseignements sérieux sur les prix, et que seule compte pour un marché donné, l'existence ou l'absence de concurrence. Toutefois, pour un ensemble de marchés, tous ceux d'une entreprise au cours d'un exercice donné, le contrôle comptable *a posteriori* peut donner de bons résultats, notamment si la firme travaille essentiellement pour la Défense nationale. Ces conceptions se rapprochent étroitement de celles qui inspirent les méthodes suivies par le Bundesamt für Wehrtechnik und Beschaffung, également de celles qui sont appliquées par la Direction technique et industrielle de l'Aéronautique.

Le Cahier industriel a été rédigé de manière à permettre aux

(36) Annexé au *Journal Officiel* du 24 août 1960. Voir notamment le paragraphe 134.

contrôles de l'Administration de s'exercer de la façon la plus ample et la plus fouillée. Mais il a eu aussi l'ambition de faire une synthèse du droit des marchés de fournitures complexes. Et c'est probablement la dualité de ces buts qui rend difficile de porter un jugement trop tranché sur le cahier industriel. Texte de principe, ce cahier vaut davantage par la façon dont il est appliqué.

C'est en définitive la pratique administrative qui donne sa véritable physionomie au droit positif des marchés industriels. Le Cahier industriel s'accommode d'une tutelle étroite exercée par l'Etat, client principal, ou même client unique d'une industrie. Toutes les transitions sont ainsi possibles avec les sociétés nationalisées, que l'on considère la propriété du capital social, la finalité de l'activité industrielle, ou plus simplement le transfert de certains pouvoirs de décision des représentants de l'entreprise à ceux de l'Etat.

On peut certainement trouver des exemples où une société privée, fournisseur de l'Etat, serait, plus qu'une entreprise nationalisée, aux ordres de l'Administration.

Il ne faut toutefois pas généraliser, mais analyser soigneusement la composition de la clientèle et celle du chiffre d'affaires. L'attitude des services est différente. Certains exercent une tutelle étroite sur leurs fournisseurs. D'autres passent commande à des industriels travaillent essentiellement pour le secteur privé, et doivent par conséquent tenir compte des méthodes de l'industrie et des nécessités commerciales.

Ces nécessités commerciales ne sont pas nécessairement en opposition avec les règles du droit administratif mais peuvent se combiner avec elles, spécialement si l'on s'attache à ne retenir du droit administratif que les règles essentielles. C'est ainsi que l'Administration ne peut renoncer à prévoir des mesures de coercition en cas de mauvaise volonté caractérisée d'un fournisseur. Ces dispositions ne devraient pas inquiéter les entreprises normalement diligentes, auxquelles ne s'appliquent pas ces mesures de contrainte, rarement utilisées d'ailleurs.

A part ces règles, auxquelles l'Administration est tenue de se référer, ne serait-ce que pour avoir les moyens d'assurer la continuité du service public, de nombreux usages industriels pourraient sans doute être insérés dans les marchés et rendus contractuels (37). Mais l'Administration ne connaît que rarement ces règles et

(37) Une règle fondamentale des usages des fondeurs est que la fonderie ne doit que le remplacement de la pièce rebutée, à l'exclusion de toute

ces usages, et c'est au fournisseur, au cours de la discussion, d'en demander l'insertion dans le marché. Cette façon de faire est du reste plus facile dans tous les cas où le marché est passé de gré à gré. Il n'y a pas à craindre alors de fausser *a posteriori* les conditions d'un appel à la concurrence.

Une telle confrontation de la pratique administrative et des usages des affaires serait pleine d'enseignement. Encore faut-il que les interlocuteurs de l'Administration prennent l'initiative de formuler leurs demandes.

d) *La révision des conceptions traditionnelles.*

De nombreux industriels estiment trop compliquées les conditions générales des marchés, trop complexes les formalités qui accompagnent les commandes de l'Etat. Cet état d'esprit nuit à l'Administration en limitant la concurrence, et même, en certains cas extrêmes, en rendant difficile le placement des commandes militaires. Certains industriels ont été jusqu'à se fixer un plafond, un pourcentage de leur chiffre d'affaires global, pour les marchés publics, en raison essentiellement, il est vrai, du blocage des prix. Les complications administratives alourdissent enfin les frais généraux, et font hausser les prix ; cela handicape l'industrie française dans la concurrence auprès des acheteurs étrangers. Une simplification des formalités aurait ainsi des conséquences heureuses sur le niveau des prix.

Les industriels font valoir également que les normes imposées par l'Administration s'écartent de façon excessive de celles qui sont courantes, et par là, les marchés publics sont un facteur de hausse des prix. Lorsqu'un industriel travaille pour l'Etat, notamment pour certains services militaires (38), il doit rechercher moins l'économie que la qualité. Lorsqu'il veut produire pour le secteur privé, à l'exportation notamment, l'industriel doit faire un difficile travail d'adaptation, pour réduire son prix de revient en

indemnité correspondant aux frais de montage et d'usinage effectués en pure perte. Rien ne s'oppose à ce que cette règle soit insérée dans un marché industriel prévoyant la fourniture à l'Etat de pièces de fonderie.

(38) Les normes de la Marine Nationale sont plus sévères que celles admises par les organismes privés vérifiant la qualité de la construction navale courante. Dans l'aéronautique, il ne semble pas qu'il y ait une telle différence entre les normes pour le matériel militaire et celle intéressant le matériel civil. Cela s'explique aisément ; la différence des missions à remplir par un bâtiment militaire et par un navire de commerce est plus considérable que celle qui existe entre deux avions, militaire et civil : par exemple la résistance aux effets des tirs, la possibilité de continuer un combat malgré de très sérieuses avaries, etc.

sacrifiant l'excès de finition. Cette adaptation est très difficile, sur le plan technique et sur le plan humain. On peut citer, à titre de simple exemple, combien il est difficile à un ouvrier habitué à réaliser une certaine précision de réduire son temps d'usinage au détriment de la qualité de son travail.

Le matériel acheté par l'Administration est du matériel cher. On a prétendu que l'Etat payait systématiquement le prix du prototype. Il y a là une exagération manifeste, qui tendrait à masquer l'existence de deux phénomènes distincts. D'une part, les marchés industriels portent souvent sur un matériel d'avant-garde : le prix unitaire élevé n'est alors que la contrepartie du progrès technique. Mais il est certain d'autre part que le fini des réalisations exigées des fournisseurs de l'Etat est plus poussé que celui qui est demandé dans l'industrie privée, ou même par de nombreux services publics étrangers. La contrepartie est le prix élevé, et l'impossibilité de vendre à l'étranger. Il ne faut du reste pas aller trop loin dans cette analyse, et il serait facile de trouver à l'étranger des exemples d'exigences comparables à celles qui sont formulées par les services techniques français.

Si au point de vue juridique, les conditions générales donnent satisfaction et garantissent à l'Etat la qualité contractuellement prévue, du point de vue économique, un équilibre est à garder entre la haute qualité et le prix de revient excessif. C'est finalement à un problème technique que l'option se ramènera : il s'agit de rechercher dans quelle mesure la qualité exigée du matériel commandé est indispensable, et dans quelle mesure elle est superflue. Dans cette dernière hypothèse, y renoncer permettrait une baisse des prix sur le plan intérieur et favoriserait l'exportation. Une prudence particulière doit cependant être recommandée, afin d'éviter que de telles mesures d'économie ne compromettent à bref délai ou à long terme les progrès techniques à venir.

Il serait enfin nécessaire d'assurer à l'industrie française des moyens de financement convenables, afin de favoriser l'extension de leurs investissements. La marge d'autofinancement contenue dans les prix est un élément important du financement de l'industrie de certains états membres de la Communauté Economique Européenne. Il s'agit là d'un problème d'ensemble qui dépasse très largement le droit des marchés, et sur lequel nous n'insisterons pas.

Il convient seulement de remarquer qu'une solution supposerait que fût définie une politique des prix, mais également que

fût précisée la part exécutée par les arsenaux et celle confiée au secteur privé, parmi les commandes militaires. Il faudrait également qu'une certaine stabilité dans le montant annuel des commandes permît un financement rationnel des investissements et des fabrications. Tout ceci relève d'une politique générale qui excède notre recherche présente.

C. — PROBLÈMES INTERNATIONAUX.

1° *L'influence croissante du droit étranger.*

L'entrée en vigueur du traité de Communauté Economique Européenne annonce un renouveau des relations internationales entre les six pays signataires. Sur le plan des marchés publics, cela signifie, à plus ou moins longue échéance, que la concurrence internationale se fera sentir et que les industriels des six pays pourront prétendre, dans toute l'étendue de la Communauté Economique, se voir attribuer un marché.

Le droit administratif français n'a pas été conçu pour favoriser la passation à l'étranger des marchés publics. Des textes restrictifs ont été pris dans le passé en ce qui concerne les marchés de fournitures (39). L'article 30 du Cahier applicable aux marchés industriels laisse une totale liberté d'appréciation au Ministre pour accepter ou refuser les offres des sociétés étrangères, ou des sociétés qui seraient soumises à des influences étrangères. Une telle liberté de jugement est nécessaire, en matière de défense nationale tout particulièrement, mais de semblables dispositions ne prédisposent pas à accepter largement le concours des fournisseurs étrangers. Toute une évolution est ainsi nécessaire, sous réserve naturellement de la réciprocité de la part des autres pays, membres de la Communauté Economique Européenne (40).

(39) Les Décret-loi du 17 juin 1938 (D.F. 1938.4.323) et Décret du 14 décembre 1938 (D.F. 1939.4.245) soumettent les marchés passés à l'étranger à l'assentiment préalable du Président du Conseil. Ces décrets, qui semblent n'avoir jamais été appliqués, n'ont pas été reproduits dans la brochure éditée par le *Journal Officiel* rassemblant la réglementation applicable aux marchés. On considère généralement que ces décrets ont été abrogés par les décrets du 13 octobre 1940 (*J. O.* 17 octobre 1939, p. 12379), du 18 novembre 1939 (*J. O.* 26 novembre 1939, p. 13.397) et leurs modificatifs, qui traitaient des paiements à l'étranger.

(40) On peut remarquer que les six pays, membres de la Communauté Economique Européenne sont également membres de l'organisation du Traité de l'Atlantique Nord et que, d'autre part, la production de matériel militaire ne s'effectue plus dans le seul cadre national, que ce soit du fait des

La matière des marchés cesse ainsi d'être affaire interne et devient internationale. Les arguments qu'on pourrait tirer du secret des questions de Défense nationale ne contredisent pas ce point de vue. Une coopération internationale dans les domaines techniques et scientifiques est nécessaire à la Défense nationale. Cette coopération rend plus fréquents les accords et les conventions passés entre plusieurs pays, et l'on est amené, plus qu'auparavant, à comparer les solutions techniques, juridiques en présence. Il apparaît vraisemblable que le droit des marchés s'imprégnera de plus en plus d'éléments venus du droit des différents pays du marché commun, éventuellement du droit des membres d'une union économique plus large.

Par son originalité face au droit français, mais également par la similitude de certains de ses principes avec ceux qui sont admis en France, le droit allemand semble devoir être à l'origine des modifications les plus profondes que pourrait connaître le droit administratif français et plus précisément le droit des marchés. Il est évident par ailleurs que l'activité économique de la République fédérale allemande et le volume des échanges à prévoir faciliteront une contagion du droit, dont on peut penser qu'elle ne sera pas à sens unique.

Le droit allemand des marchés se caractérise, semble-t-il, et en premier lieu, par son libéralisme. Les fonctionnaires peuvent, selon le droit allemand, accorder un financement plus ou moins large du marché, entre des limites largement espacées ; cela permet d'ailleurs de négocier l'avantage que représente ce financement. Mais à l'inverse, le droit allemand organise d'une façon méthodique l'analyse du prix, dans l'hypothèse où il n'est pas possible de définir un « prix commercial » ; il n'existe pas de réglementation équivalente en France, où du reste les services des marchés ne possèdent pas le personnel suffisant qui serait susceptible de se livrer aux enquêtes de prix prévues par la réglementation allemande ou la réglementation américaine.

Il est sans doute trop tôt pour savoir quelle tendance aura le plus d'influence sur le droit administratif français, mais compte tenu de la concentration industrielle en France, se combinant avec la lenteur avec laquelle se font sentir les effets de la concurrence internationale, on peut penser que la réglementation des

exportations ou en raison des accords ou projets d'accords pour la fabrication de ce matériel en commun par plusieurs pays (avion-cargo, chars de combat, etc.). Tout ceci empêche de penser que des raisons de secret militaire puissent suffire à écarter les fournisseurs étrangers des appels lancés pour les besoins de la Défense nationale.

prix des marchés passés sans concurrence devrait être précisée sous peu. La création récente d'un corps d'enquêteurs de prix semble être un pas dans cette direction.

2° *Droit national et droit supranational.*

L'existence du traité instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier et sa mise en application ont introduit une profonde perturbation dans le fonctionnement des règles classiques du droit administratif français des marchés. Les fournisseurs se rattachant aux activités entrant dans le champ d'application du traité ont exigé des conditions particulières de paiement et de fixation du prix.

Le prix est celui fixé au jour de l'expédition ; le paiement doit être fait à trente jours fin de mois ; les pénalités pour retard peuvent être insérées au Cahier des clauses administratives applicables au marché en cause, mais les appliquer au fournisseur serait contraire au traité.

Ces conditions appellent quelques remarques.

Le prix quitte ainsi le domaine contractuel, pour entrer dans un domaine réglementaire, où le règlement est le fait non de la puissance publique nationale, mais celui des fournisseurs s'appuyant sur les dispositions d'un traité international créant une organisation supranationale. L'acheteur n'a plus la possibilité de donner son accord sur le prix, à la fois parce que le barème peut être modifié entre le jour de la signature du contrat et celui de l'expédition, et parce que nulle sanction n'est prévue aux délais contractuels, l'article 60 du Traité du 18 avril 1951 étant interprété comme interdisant l'application de pénalités pour retard. Le prix est ainsi déterminé dans une large mesure par une décision unilatérale portant sur la date d'expédition de la fourniture.

L'ordre juridique national a dû s'incliner devant l'ordre juridique supranational (41). On ne peut parler ici d'un assouplissement des règles du droit administratif, mais d'une impossibilité où s'est trouvée l'Administration d'imposer l'ordre public national à des situations nées dans un ordre juridique plus élevé.

La situation actuelle apparaît du reste provisoire, en raison notamment du caractère partiel de l'ordre juridique supranatio-

(41) On trouve ici une confirmation dans les faits des idées de DURKHEIM et de Georges SCELLE sur la hiérarchie des ordres juridiques.

nal, qui ne couvre qu'un secteur économique et qui ne dispose pas d'un pouvoir politique. Il n'appartient pas de rechercher ici dans quel sens une évolution est susceptible de se produire. Mais les facteurs de cette évolution peuvent se trouver dans le domaine politique, également dans le domaine économique : le précédent de la CECA peut inciter les industriels qui ne bénéficient pas des dispositions du traité de 1951 à refuser de souscrire à des barèmes de pénalités. Inversement, le refus des sidérurgistes de consentir à supporter des pénalités pour retard s'explique pour une part par l'ampleur des commandes et par la longueur des délais de livraison ; une récession sur le marché de l'acier amènerait probablement certains assouplissements dans la position prise par les fournisseurs. Par ailleurs, la situation serait modifiée radicalement si un ordre politique supranational s'instaurait, ou simplement si un accord international intervenait pour rétablir les pénalités pour retard en matière de produits sidérurgiques.

L'existence d'un secteur supraétatique comme la CECA a suffi pour faire éclater, sur un point, les règles du droit national des marchés. On peut se demander s'il va se produire une contagion analogue au phénomène connu qui, en matière de taxation des prix, oblige à taxer de proche en proche les prix des produits voisins et à étendre le champ d'application de la réglementation. Bien que la CECA recouvre un secteur de base de la vie économique, il ne semble pas à craindre qu'un tel phénomène puisse de rencontrer. Tout repose en effet sur le caractère supranational des règles de la CECA et la transposition de ces règles à d'autres domaines ne semble pas pouvoir être faite par la seule pratique, et à défaut d'un traité international. De fait, depuis 1956, seule la sidérurgie a pu prendre cette position.

*
**

L'apparition d'un nouveau cahier des clauses administratives générales, si elle consacre l'existence d'une catégorie nouvelle de marchés, a pour conséquence de mettre en évidence les imperfections de la réglementation. Il est indéniable que le cahier industriel présente des lacunes. Or, ces lacunes ne portent pas sur des points de détail, mais sur des problèmes aussi fondamentaux que ceux de la formation du prix et de la détermination du bénéfice, ou ceux de la définition des rapports entre l'administration contractante et de son fournisseur.

Mais ces lacunes ne s'expliquent que trop. Le mérite du cahier industriel est d'avoir codifié ce qui était admis, et d'avoir tenté

une synthèse de l'ensemble du droit des marchés industriels. L'entreprise était vaste, et d'autant plus malaisée que la matière était nouvelle, du fait même des progrès techniques qui posent des problèmes inédits.

Or, parallèlement, les notions fondamentales du droit des marchés sont remises en cause. Le prix, les délais n'apparaissent plus comme intangibles. La supériorité des intérêts publics statiques est mise en échec lorsque intervient une autorité supranationale.

C'est paradoxalement lorsque les principes fondamentaux sont discutés qu'il a été tenté de faire la synthèse d'une matière complexe, celle des marchés industriels. Que des lacunes subsistent, n'a rien d'étonnant. Il reste cependant à porter une appréciation sur le travail qui a été accompli.

Conclusion générale

L'existence d'une catégorie particulière de marchés de fourniture, d'une catégorie nouvelle, s'est affirmée lors de la publication du cahier des clauses administratives générales consacré aux marchés industriels. Des raisons profondes, tirées aussi bien de la nature du matériel commandé par les départements de la Défense nationale que de la structure économique des entreprises susceptibles de prendre ces commandes, justifient l'existence d'un régime juridique propre à ces marchés dont une définition a été donnée.

Mais l'institution des marchés industriels est plus large que ne pourrait le laisser supposer le seul examen du Cahier du 7 mai 1958. D'autres services que les départements militaires passent des marchés qui mettent l'Administration face aux problèmes de la production et de la vie industrielle ; le « Cahier des clauses et conditions générales applicables aux marchés de fournitures », publié par le Commissariat à l'Energie Atomique s'applique à de véritables marchés industriels. La Marine marchande pour faire construire des navires, le Ministère de l'Intérieur, pour se procurer certains matériels, les ministères civils en général, pour acheter leur matériel de transmission, pourraient passer des marchés industriels. Le champ d'application de ces derniers est appelé à s'étendre, dans la mesure justement où de nombreux marchés industriels sont passés par des services qui ne les distinguent pas encore clairement des autres marchés de fourniture. Dans les départements militaires, on pourrait également trouver des exemples de marchés industriels soumis au cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de fournitures courantes. On peut penser que cette anomalie est temporaire. La réciproque, du reste, n'est pas vraie, et il ne semble pas qu'il y ait des cas de marchés de fournitures courantes soumis aux conditions générales applicables aux marchés industriels.

Les marchés industriels ont ainsi un champ d'application très vaste qu'ils n'ont pas encore intégralement conquis. Mais dès à présent, ces marchés ont exercé une influence certaine sur la théorie générale des marchés publics.

Les marchés de fourniture, au sens large, comprennent des contrats très divers : contrats d'achat ou de vente, de louage, de prestations de services. Pris au sens étroit, le marché de fourniture ne recouvre pas moins des contrats variés, par lesquels le fournisseur s'est engagé à livrer un bien mobilier, qu'il fabrique lui-même ou qu'il se procure à son gré. C'est le mérite du Cahier de 1955, puis des Cahiers du 7 mai 1958 d'avoir apporté certaines précisions, permettant de définir les marchés industriels.

Dès à présent, ces derniers se sont affirmés comme une catégorie juridique bien individualisée ayant ses règles propres, ou du moins susceptible de se les créer, à l'intérieur des règles plus générables applicables à l'ensemble des marchés de fournitures. L'influence des marchés de travaux publics n'a jamais porté sur des éléments essentiels, et le refus d'admettre dans la théorie générale des marchés de fourniture certains notions venues du droit des travaux publics est patent. Dans les marchés de travaux publics, la recette définitive des bâtiments n'est prononcée qu'à l'expiration du délai de garantie. Dans les marchés de fourniture qui comportent un délai de garantie, ce qui est le cas, notamment, de la plupart des marchés industriels, la recette définitive est le point de départ du délai de garantie. La distinction est d'importance, puisque, dans les deux cas, la propriété n'est transférée à l'Etat que par la recette définitive (1) : la garantie n'a donc la même signification. Il est intéressant de rappeler que conçu pour les marchés de travaux publics, le décret n° 59-167 du 7 janvier 1959 a ignoré cette distinction. Mais l'interprétation de ce décret semble acquise aujourd'hui : si ce décret a ignoré les règles du droit des marchés de fourniture, et en particulier, celles des marchés industriels, il n'interdit pas pour autant le maintien des errements antérieurs qu'il n'a aucunement prohibés.

L'autonomie du droit des marchés de fourniture par rapport à celui des marchés de travaux publics, longtemps contestée par la doctrine, sort ainsi renforcée de la confrontation entre les

(1) Cette affirmation, qui ne fait pas de doute pour les marchés industriels (article 51 du cahier du 7 mai 1958) a été reprise en ce qui concerne les marchés de travaux publics (A. de LAUBADÈRE, traité 1956, n° 1.117) mais a toutefois été critiquée par d'autres. (Voir la note sous le n° 1.117 précité).

marchés de travaux publics et les marchés industriels. Le caractère primordial du droit des marchés de travaux publics apparaît ainsi comme une notion périmée qui disparaît, comme a disparu l'idée que le recours pour excès de pouvoir était un recours subsidiaire. C'est là un apport non négligeable des Cahiers de 1955 et de 1958 à la théorie générale des marchés publics.

Les marchés industriels ne se confondent pas non plus avec les marchés de fourniture dont ils sont issus et parmi lesquels ils occupent une place à part. La distinction entre les marchés de fournitures courantes et les marchés industriels se fait de plus en plus nette, au prix d'un allègement du Cahier qui concerne les marchés de fournitures courantes : ces modifications du Cahier applicable aux fournitures courantes ne sont encore qu'envisagées, mais un certain accord semble s'être fait sur ce point. Le régime juridique de ces deux types de marchés est appelé à se diversifier car le souci de mieux répondre aux nécessités administratives, techniques et économiques et aux problèmes posés par l'exécution de ces marchés conduit à modeler les règles juridiques relatives à ces deux types de marchés sur les réalités que recouvrent ces institutions. Dès à présent, et notamment par le mode d'interprétation des marchés industriels, la distinction bipartite des marchés, en marchés de travaux publics et en marchés de fourniture doit céder le pas à une distinction dans laquelle les marchés industriels sont placés sur un pied d'égalité avec les deux catégories traditionnelles : les règles classiques des marchés de fourniture sont applicables aux marchés industriels ; mais cette application ne saurait se faire sans que les règles soient interprétées de façon à tenir compte des difficultés que l'industriel rencontre dans le cours de la production.

Les règles propres aux marchés industriels sont appelées à se préciser : le premier cahier consacré à ces marchés ne date que de 1955. Mais les décisions des juridictions administratives sont rares en matière de marchés, notamment en matière de marchés industriels. C'est à la pratique administrative qu'il appartient de faire évoluer l'institution nouvelle. Le procédé est imparfait. Si la jurisprudence permet de poser des considérants qui prennent aisément valeur de principe, l'action de l'Administration comporte essentiellement un ensemble de décisions particulières ; les instructions et circulaires ne peuvent que difficilement en faire la synthèse, notamment lorsque l'Administration tente de faire évoluer les règles reçues. La doctrine doit permettre, au prix

d'une recherche systématique, de compléter la pratique en lui apportant une vue théorique.

L'Administration est conviée à interpréter les règles classiques des marchés de fourniture en tenant compte des conditions de la vie économique et des difficultés de la production industrielle. C'est là un facteur de rapprochement entre le droit public et le droit privé, plus spécialement entre le droit administratif et le droit des affaires. Nous avons signalé l'importance extrême que revêtent les usages de la vie industrielle, et la nécessité pour l'Administration de les connaître. On peut voir ainsi, dans les marchés industriels, une branche du droit administratif en pleine évolution ; il est intéressant de noter que, sur le plan technique, les marchés industriels sont en général à la pointe du progrès technique ; il existe donc, dès à présent, à la fois un droit et une méthode d'interprétation de ce droit qui sont à même de suivre le rythme de l'évolution technique.

La rénovation du droit interne est du reste facilitée par l'influence de l'étranger. Les marchés industriels amènent l'Administration à prendre conscience des conditions de la vie internationale. Le droit des pays étrangers et la pratique des services publics étrangers exercent une influence croissante. Cette influence est d'autant plus forte que les pays qui appartiennent à la Communauté Economique Européenne ont été marqués par le droit romain et que leurs institutions présentent par suite de nombreuses analogies.

Or, sur un point, la connaissance de la pratique administrative étrangère est susceptible d'infléchir l'évolution du droit français. L'exemple du droit allemand montre tout l'intérêt qu'il y a à ne pas paralyser les services chargés de la passation des marchés par une réglementation trop rigide, mais au contraire à leur faire confiance. Le financement des marchés publics est en France un droit pour le titulaire, et c'est même parfois une obligation qui pèse sur lui : l'industriel peut se voir contraint d'accepter l'avance forfaitaire de 5 % prévue par le décret n° 59-167 du 7 janvier 1959. Le résultat paradoxal est que l'Etat cumule les inconvénients d'imposer une obligation supplémentaire à son fournisseur, et de supporter une charge de trésorerie qui serait évitée sans cela.

En droit allemand au contraire, les services chargés de la passation des marchés peuvent consentir des acomptes et des avances ; mais le financement administratif du marché n'est pas un droit ; c'est un élément de la négociation. Jamais évidemment cet avantage n'est imposé au fournisseur ; mais lorsque celui-ci le réclame, il en est tenu compte dans la fixation du prix.

Il paraît nécessaire d'alléger la réglementation française des marchés, moins peut-être les clauses des cahiers des clauses administratives que les textes généraux. Si le décret n° 56-256 du 13 mars 1956 a semblé libéral, il a été suivi du décret n° 57-1015 du 26 août 1957 ; si le décret n° 59-167 du 7 janvier 1959 a laissé certaines possibilités de ne pas obliger le fournisseur à accepter l'avance forfaitaire de 5 %, le décret n° 60-1044 du 22 septembre 1960 est venu renforcer le caractère obligatoire de cette avance forfaitaire.

Alléger la réglementation pourrait se faire de façon relativement simple en rendant facultatives de nombreuses dispositions actuellement impératives ; on verrait vite quelles règles ne présentent en pratique plus d'intérêt et pourraient être abandonnées ou seulement simplifiées.

Le souci d'élaguer la réglementation se justifie d'autant plus que la notion de contrat se transforme de façon profonde, et qu'il est vain de prétendre réglementer tous les aspects d'une institution traversant une phase d'intense évolution. Le contrat n'a plus la signification précise qu'il a eue à une époque révolue, et la crise de la notion de marché public s'insère dans les transformations profondes qui affectent le droit administratif.

Le droit des marchés publics s'est formé à une époque où la doctrine économique libérale prévalait. L'adjudication y avait une place éminente, parce qu'elle mettait les fournisseurs éventuels en concurrence, de façon à obtenir le meilleur prix. Or les postulats sur lesquels reposait la doctrine libérale ne correspondent pas à la réalité économique actuelle ; l'un des derniers d'entre eux vient de disparaître, la certitude qu'il y aura toujours un fournisseur pour répondre à un appel d'offres.

Les facteurs de l'économie classique se sont transformés, et l'évolution du droit des marchés a porté sur un élément aussi fondamental que le prix contractuel. La dépréciation monétaire et sa contre-partie, les clauses de révision de prix, ont été à l'ori-

gine d'une première atteinte au principe de la fixité du prix forfaitaire. Ces atteintes sont allées en s'élargissant et les prix contractuels ont été remis en question, de plus en plus profondément. Dans une certaine mesure, il apparaît qu'en ce qui concerne le prix, le fournisseur est dans une situation réglementaire plus que dans une situation contractuelle. Cette vue est outrée, mais a été assez vraie en période de blocage des prix, lorsque le jeu des formules de révision a été paralysé par des actes réglementaires. Mais inversement on a vu des industriels dont les prévisions de prix se révélaient erronées s'adresser à l'Etat pour obtenir des suppléments de prix et réduire ainsi leurs pertes ou les annuler. L'extension aux marchés de fourniture et aux marchés industriels de la compétence des Comités consultatifs de règlement amiable n'a fait qu'accentuer cette tendance. Le prix des marchés publics n'a finalement plus la signification qu'il a eue à une certaine époque. Des raisons économiques et sociales l'expliquent.

Le montant d'un marché devient en certaines circonstances tellement important qu'un petit nombre de marchés déficitaires peut suffire à compromettre l'équilibre financier du fournisseur. L'Etat hésite à acculer celui-ci à déposer son bilan, ne serait-ce qu'en raison des difficultés qu'il éprouverait à faire achever ses commandes, sauf à payer un important supplément de prix et à subir des retards considérables. Mais surtout, l'Etat n'a pas intérêt à se priver des services d'un fournisseur, en réduisant ainsi la concurrence. Si de nombreuses raisons économiques (si l'on songe à la concurrence internationale), fiscales, sociales (la grande entreprise respecte généralement bien la réglementation en vigueur et du reste elle est soumise à des vérifications minutieuses), peuvent amener l'Etat à favoriser la concentration industrielle, il existe une contrepartie : lorsqu'une entreprise représente un pourcentage non négligeable du potentiel industriel national dans une branche économique donnée, elle atteint vite une position de monopole de fait. La diversité des fabrications, la spécialisation des entreprises, le jeu des brevets et des licences exclusives, les accords de répartition des types fabriqués, tout favorise une réduction de la concurrence et des économies substantielles qu'elle est susceptible d'apporter.

Même abstraction faite de l'aspect politique qui peut n'être pas absent, l'Etat n'a généralement pas intérêt à laisser s'effondrer le titulaire d'un marché de fournitures qui aurait mal calculé ses prix si, ce faisant, l'Etat créait de lui-même un monopole sur le marché national. L'attitude de l'Administration se fondera

donc essentiellement sur une analyse économique du secteur industriel intéressé. Deux voies au moins sont ouvertes. Une subvention peut être consentie, sous la forme d'un supplément de prix, pour renflouer l'entreprise, mais dans ce cas, l'Etat prend à sa charge les mauvais risques du marché. L'Etat peut au contraire avoir agi à l'avance et s'être donné, préventivement, le droit, et dans une certaine mesure les moyens, de reprendre par un contrôle *a posteriori* les bénéfices excessifs. Le prix contractuel peut ainsi inclure des marges de risque qui garantissent l'industriel contre une perte sans que le bénéfice final puisse dépasser un taux acceptable pour l'Administration contractante. Le prix provisoire limite ainsi les aléas, mais il fait perdre l'attrait que constituent des bénéfices importants, et l'Administration risque de connaître les inconvénients des marchés en régie.

Quelle que soit la solution adoptée, elle conduit à renoncer à la règle ancienne d'un prix forfaitaire et définitif porté au contrat. Or, payer le prix représente l'essentiel des obligations contractuelles de l'une des parties, l'Etat ; c'est dire combien la théorie générale des marchés a pu en être ébranlée. Mais le prix n'est pas le seul à avoir perdu sa signification ancienne. Les autres éléments du contrat sont également mis en cause et perdent leurs caractères traditionnels.

Les délais et les clauses instituant des pénalités pour retard ne peuvent plus être strictement respectés. Les modifications apportées au cours de l'exécution du marché aux spécifications techniques rendent nécessaire un aménagement des délais contractuels. Les modifications sont nombreuses et présentent des répercussions proches et lointaines. Le changement du lieu où devra s'effectuer la livraison des marchandises implique une définition nouvelle des emballages à prévoir, et un remaniement des dispositions contractuelles qui prévoient les taxes à payer. Les modifications rendent par ailleurs difficile la recherche des responsabilités, les sanctions contractuelles prennent un aspect théorique, et sont difficiles à exercer effectivement.

Le contrat cesse ainsi d'être l'écrit définissant l'ensemble des obligations et des droits de l'une et l'autre des parties ; il tend à se présenter seulement comme un texte créant un lien personnel entre l'Administration et un industriel, celle-là pouvant demander à celui-ci un certain nombre de prestations ou de services qui seront définis ultérieurement et dont la contrepartie ne sera déterminée qu'à ce moment.

Il est indéniable que la notion de contrat administratif traverse une crise. On peut tenter pour la résoudre, de redonner aux principes la valeur qu'ils conservent en droit, et s'en tenir aux dispositions écrites, en appliquant le contrat à la lettre, au prix d'un effort particulier pour définir exactement l'objet du contrat et les obligations réciproques des parties. Cette solution n'est que théorique. Elle refuse d'admettre que les modifications apportées aux clauses des marchés sont une nécessité. S'astreindre à définir parfaitement l'objet du marché avant la notification du contrat et s'interdire de modifier en cours d'exécution cet objet et les spécifications techniques qui le définissent impliquerait que l'Administration renonce à suivre le progrès technique, en refusant de commander un matériel avant qu'il ne soit parfaitement défini. Le matériel, dans ces conditions, serait périmé, dans bien des cas, avant d'entrer en service ; le rythme des études et de l'évolution des prototypes serait considérablement ralenti.

Force est donc de tenir pour une donnée intangible les incertitudes sur des clauses essentielles du contrat, et la nécessité des modifications. Mais on peut limiter les effets de cette crise, qui existe d'ailleurs dans les contrats du droit privé, en adoptant une méthode d'interprétation des marchés, plus précisément des marchés industriels.

Une méthode d'interprétation des marchés industriels doit se fonder en premier lieu sur le critère de ces marchés, dont on sait qu'ils mettent l'Administration en face des problèmes de la vie industrielle et économique. L'élément dominant d'un tel marché est justement le fait que l'Administration ne peut pas, ne peut plus se désintéresser du sort des fournisseurs pour ne considérer que l'aspect financier du problème. Les marchés industriels doivent donc essentiellement être interprétés compte tenu de la portée économique d'une décision sur le point d'intervenir. A certains égards, ce sont des éléments extérieurs au contrat qui dicteront la règle d'interprétation de celui-ci. Il n'y a du reste pas de contradiction entre une telle optique et les vues classiques, mais c'est de très haut sur une longue période de temps que pourra être apprécié l'intérêt financier de l'Etat.

L'opportunité d'une décision accordant ou refusant un supplément de prix, prolongeant les délais ou remettant les pénalités pour retard doit donc être étudiée en fonction des difficultés rencontrées par le fournisseur dans l'exécution du marché, mais également en fonction du rôle du fournisseur vis-à-vis des Départe-

ments de la Défense nationale. Une décision ne saurait se fonder sur un raisonnement juridique abstrait : le droit des marchés industriels s'ouvre largement à une analyse aussi poussée et aussi lucide que possible de la situation dans une branche économique donnée, à une époque donnée. Cela suppose évidemment, tant sur le plan de la préparation des décisions que sur celui de leur approbation, des conceptions nouvelles se fondant sur une documentation rénovée. De même, l'opportunité d'une décision de modification ne doit pas être appréciée en fonction du coût de l'opération ; elle doit l'être sur un plan économique beaucoup plus large, compte tenu notamment de l'apport d'une telle modification du point de vue de la recherche pure ou appliquée : les marchés industriels jouent en effet un rôle important dans le progrès de la technique scientifique et industrielle.

Mais une méthode d'interprétation s'appliquant à des contrats dans lesquels l'Administration s'efforce de connaître les difficultés que rencontre l'industriel ne saurait se fonder sur des règles conçues en vue de protéger uniquement l'intérêt financier immédiat de l'Etat.

Un rapprochement avec les règles du droit privé pourrait-il se faire ? Il serait facilité par les conceptions nouvelles des marchés qui admettent que l'intérêt bien compris de l'Etat est de tenir compte des impératifs économiques et des difficultés rencontrées par l'industriel, afin de susciter ou de maintenir, dans l'immédiat ou à long terme, la concurrence qui est un mode irremplaçable de formation des prix. Mais ce rapprochement entre le droit administratif et le droit privé n'est pas facile.

C'est sans doute moins dans le droit civil ou dans le droit commercial que dans les usages de l'industrie qu'on peut espérer trouver des règles susceptibles d'être transposées dans le droit des marchés publics. Or, les usages de l'industrie sont peu connus et sont difficiles à utiliser. Faute d'une information suffisamment large, il est toujours difficile de savoir si un usage connu est répandu ou non dans l'industrie. Les pénalités pour retard sont généralement critiquées par les fournisseurs. Or, il semble que l'usage de clauses de pénalités pour retard soit de pratique courante dans les contrats passés par certaines industries avec leurs fournisseurs, mais le taux maximum serait très inférieur aux dix pour cent prévus par le Cahier industriel. Pour aller plus loin dans cette constatation, il faudrait avoir une documentation étendue qui malheureusement fait défaut.

Au surplus, il faudrait rechercher de quelles sanctions de droit ou de fait disposent les industriels privés lorsqu'un de leurs fournisseurs ne s'acquitte pas de ses obligations contractuelles, et voir si ces sanctions sont ou non susceptibles d'être adoptées par le droit administratif. Il faudrait également rechercher si le changement envisagé présente un avantage. Mais là encore, une documentation sérieuse fait défaut. Elle fournirait cependant la base d'un examen comparé et critique des institutions du droit privé et de celles du droit public.

Les usages de l'industrie existent-ils d'ailleurs ? Il est permis d'en douter si l'on entend par là des pratiques très généralement suivies par la plupart des industriels. Or, très souvent, la pratique suivie dépend de la taille et de la structure économique de l'entreprise. La personne responsable d'un marché n'existe pas dans la grande industrie sous la forme où cette personne a été présentée par le décret du 7 janvier 1959. L'industrie connaît, comme l'Administration, le problème des délégations de signature accordées ou refusées. La séparation entre la négociation du marché, l'approbation suivie de la signature qui engage la personne ou la collectivité contractant, existe dans les grandes sociétés, ou du moins dans un certain nombre d'entre elles.

La comparaison entre le droit administratif des marchés et la pratique des affaires prouverait-elle, sur un point donné, la supériorité d'un usage de l'industrie, cela ne suffirait pas à justifier une modification des règles administratives : la tutelle exercée en fait par la réglementation financière s'y opposerait. C'est ainsi que les marchés de conversion, qui sont d'une évidente utilité sur le plan industriel, ont été interdits par une interprétation restrictive de textes qui étaient depuis vingt ans interprétés en sens inverse par le Ministre des Finances.

Il y a là deux conceptions opposées, l'une est faite de souplesse, l'autre, la réglementation financière, ne répugne pas à en manquer : l'avance de cinq pour cent du montant initial des marchés a un caractère obligatoire ; les dommages et intérêts moratoires, en cas de retard de paiement, sont automatiques ; les fournisseurs doivent présenter leurs factures dans un certain délai à peine de forclusion ; et la déchéance quadriennale a longtemps été très sévèrement interprétée.

Un rapprochement pourrait cependant se faire, tout particulièrement sur le plan des méthodes de travail : l'Administration a formé un personnel pour analyser les devis présentés par l'industriel à l'appui de ses offres de prix ; elle possède des spécialistes

chargés des enquêtes comptables ; sur le plan technique, une collaboration étroite existe entre le service et ses fournisseurs.

Tout cela permet de connaître assez bien les desiderata des industriels, et de définir avec une précision relative les objectifs à atteindre ; on admet généralement, par exemple, que les délais d'approbation des marchés et les retards de paiement perturbant les uns et les autres la gestion de l'entreprise.

Des buts limités et clairement définis devraient pouvoir être atteints par un aménagement du droit administratif, sans que l'influence du droit privé et des usages de l'industrie se manifeste par un abandon des principes du droit public et par une imitation servile d'un modèle parfois purement imaginaire.

Cet effort resterait stérile si la conception même était fausse, si l'existence même des conditions générales s'avérait nuisible, et si les marchés industriels constituaient une charge pour l'économie nationale.

Le caractère de plus en plus technique et scientifique d'une grande partie du matériel militaire détermine le rôle joué par les marchés industriels. Les commandes militaires sont un facteur important de progrès technique et scientifique dans certains secteurs de l'activité économique, du moins lorsqu'il ne s'agit pas de fournitures courantes. Mais une opposition apparaît entre ce caractère novateur des marchés industriels et le classicisme qui a marqué le Cahier des clauses administratives générales applicables à ces marchés. On peut craindre que les conditions générales de 1958 ne soient périmées.

Dans la mesure où les rédacteurs du Cahier industriel se sont efforcés coûte que coûte d'établir un texte unique, s'appliquant avec un caractère obligatoire à l'ensemble des marchés industriels, et entrant dans le détail, il était fatal que les réalités économiques profondément différentes selon les cas se fussent trouvées en opposition avec les règles auxquelles on voulait plier les services. Certains caractères du Cahier ont, d'autre part, inquiété les industriels habitués de longue date à travailler pour l'Administration. Le Cahier est trop compliqué et traduit une certaine méfiance à l'égard des fournisseurs, au moment même où la réglementation générale (2) s'est efforcée de devenir plus libérale. La complication des cahiers des clauses administratives générales serait un facteur de hausse des frais généraux ; la multiplicité des contrôles

(2) Notamment le Décret n° 56-256 du 13 mars 1956, à vrai dire contredit par les décrets ultérieurs.

et des prescriptions impératives — telles les dispositions relatives à l'ordre de service — empêcherait un travail en commun de se faire entre l'industriel et l'Administration selon les règles d'une bonne gestion économique.

En fait, un texte n'est rien en dehors de l'application qui en est faite, et qui a permis tout d'abord à chaque service d'écarter les clauses manifestement mal adaptées aux problèmes particuliers qui se posaient. Mais l'originalité des marchés industriels se trouve finalement dans la méthode d'interprétation du contrat, dans l'attitude adoptée par l'Administration face à un cas concret. La seule étude du texte du Cahier industriel ne permet pas de l'apercevoir, et seule la connaissance de la pratique administrative permet de faire le départ entre la règle théorique et le droit positif. Les marchés industriels et les marchés de fournitures courantes s'opposent ainsi, parce que dans le second cas, l'Administration ne connaît que le commerçant, alors que dans le premier cas, elle s'efforce délibérément et dans l'intérêt bien compris de l'Etat, de tenir compte des nécessités de la production industrielle et de la vie économique. Et c'est pourquoi, dans les marchés industriels, la vigueur de la théorie classique, qui s'exprime dans un Cahier qui a pu paraître léonin, s'infléchit le cas échéant pour parvenir à une solution raisonnable sur le plan économique.

Mais il n'est pas possible d'étudier les marchés industriels sans noter que certaines conceptions actuelles empêchent la production française d'être compétitive vis-à-vis de la concurrence internationale.

L'exigence d'une parfaite finition du matériel commandé par les Administrations militaires ou civiles a parfois été jugée excessive ; elle serait à l'origine de la cherté de certains prix de revient français comparés aux prix étrangers alors que, dans certains cas, il eût été possible de se contenter d'une finition moindre pour l'usage auquel était destiné le matériel. On se plaît à souligner dans certaines industries la différence des points de vue français et américains ; les commandes américaines aussi rigoureuses, ou même davantage, en ce qui concerne les cotes utiles, admettraient des tolérances beaucoup moins sévères pour tout ce qui ne concerne que la présentation extérieure de la pièce usinée. Il y a là un problème technique dont les incidences économiques sont très accusées.

Sur le plan économique également, certains industriels ont signalé combien il leur était difficile de prospecter les marchés

extérieurs, alors même que leur capacité de production n'était pas occupée en totalité, dès lors que l'Etat pouvait leur passer commande d'un matériel militaire à livrer en toute priorité (3). Le problème est sans doute moins actuel qu'il ne l'a été, mais mérite cependant d'être signalé : il s'agit en effet de la définition même des rapports entre l'Etat et ses fournisseurs.

Les marchés industriels qui obligent l'Administration à prendre connaissance des difficultés internes de l'entreprise l'obligent également à prendre position vis-à-vis des problèmes économiques les plus généraux.

Vu,

Le Président de la thèse :

M. WALINE.

Vu,

*Le Doyen de la Faculté
de Droit et des Sciences
Economiques de Paris :*

LE BRAS..

Vu et permis d'imprimer,

Le Recteur de l'Académie de Paris :

J. SARRAILH.

(3) Journal « Le Monde », 4 janvier 1958. « Le Bréguet Deux Ponts... ».

Bibliographie

I. — *OUVRAGES GENERAUX.*

- Gaston JÈZE, Les principes généraux du droit administratif : Théorie générale des contrats de l'Administration. (1934-1936).
A. de LAUBADÈRE, Traité élémentaire de droit administratif (1953).
A. de LAUBADÈRE, Traité théorique et pratique des contrats administratifs (1956).
G. PÉQUIGNOT, Théorie générale du contrat administratif. Thèse Montpellier (1945).
M. WALINE, Droit administratif, 7^e édition 1957.

II. — *OUVRAGES SPECIALISES*

- G. ARDANT, Technique de l'Etat, 1953.
William ASHWORTH, chargé du cours d'histoire économique à la « London School of Economics and Political Science » : Marchés, passation, exécution, financement. (Un volume extrait de l'Histoire de la seconde guerre mondiale, publiée par le Stationery Office).
ARGENSON, TOUJAS et DUTHEIL, Règlement judiciaire et faillite (traité et formulaire), 2^e édition (1958).
P. ARRIGHI, Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures. Thèse Paris 1945.
AUDEBAUD, Essai sur l'évolution et les tendances actuelles des marchés de l'Etat. Thèse Paris 1950.
S. BADAoui, Le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien. Thèse Paris 1955.
J. BROCARD, L'épave de navire et son renflouement. Thèse Paris 1950.
Conseil Economique. Etudes et travaux. Etude des conditions de passation et d'exécution des marchés publics, 1956.
DUBAIL, Les marchés de fournitures de la Marine. Thèse Paris 1943.
Ecole Nationale Supérieure du Génie Maritime. Cours d'Administration et d'Organisation de la Marine. Conférence de l'Ingénieur principal MÉNARD sur les marchés.
Maurice-André FLAMME, Les marchés de l'administration. Analyse du droit positif et essai doctrinal sur les contrats de fournitures et de travaux publics. Bruxelles. 1955 (Droit belge et droit comparé).

Louis FRANK, Les prix. (Collection « Que sais-je ? »), 1957.

Institut de Droit comparé de l'Université de Paris (section des finances publiques). Etudes de Finances publiques ; la réforme budgétaire. Tome III : Programmes et marchés publics (Paris 1956), (recueil d'articles).

Guy MALDIDIER, La résiliation sans faute des marchés de fournitures passés par l'Etat. Thèse Paris 1949.

Michel QUANCARD, L'adjudication des marchés publics de travaux et de fournitures. Thèse Paris 1945.

THIBAUT, Les effets de la nullité des contrats administratifs. Thèse Paris 1945.
Travaux du 3^e colloque des Facultés de Droit. Essais et travaux de l'Université de Grenoble : Le fonctionnement des entreprises nationalisées en France, 1956.

III. — ARTICLES DE REVUE ET NOTES DE JURISPRUDENCE CONCLUSIONS ET ARRETS, PERIODIQUES

L'HUILLIER, Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'Administration ? DALLOZ, 1953. Chronique p. 87.

MM. GIBOIN, BARON, CARAGNON, La Marine Nationale et son importance. Série d'articles consacrés à l'importance de la Marine Nationale dans la vie économique et industrielle. *La Vie Française*, n° 696 du 26 septembre 1958.

A. LAMSON, Contrôleur de l'Administration de l'Armée. Une nouvelle catégorie de contrats administratifs : Les marchés industriels. *Revue pratique de droit administratif*, 1955. Chronique p. 126.

A. de LAUBADÈRE, Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs. *Revue du droit public*, 1954, p. 36.

— La nouvelle réglementation des marchés de l'Etat. *Revue du Droit Public*, 1958, p. 5.

M. LONG, Conclusions sur la décision du Conseil d'Etat du 20 avril 1956. Epoux Bertin. *Revue du Droit Public*, 1956, p. 869.

R. LUCIEN, Problèmes particuliers que pose la fabrication en série des équipements de trains d'atterrissage et des servitudes hydrauliques. (*Technique et Science Aéronautique* n° 4, 1953).

M. ROSSENOBLET, Exposé d'un cas concret, (*Technique et Science Aéronautique*, n° 4, 1953).

M. WALINE, Note sous la décision du Conseil d'Etat du 25 octobre 1946. Société Georges IRAT. DALLOZ 1948, J. 229.

— L'évolution récente des rapports entre l'Etat avec ses co-contractants. *Revue du Droit Public*, 1951, p. 5.

— La représentation de l'Etat devant les tribunaux judiciaires. Note sous l'arrêt de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation du 13 janvier 1955. BROZZU. *Revue du Droit Public*, 1955, p. 969.

— Rôles respectifs de la notion de service public et des clauses exorbitantes du droit commun pour déterminer le caractère administratif d'un contrat. Note sous les décisions du Conseil d'Etat du 20 avril 1956, époux BERTIN et du 11 mai 1956. GONDRAND, *Revue du Droit Public*, 1957, p. 101.

— Le référé administratif. Les astreintes contre les co-contractants de l'Administration. Notes sous la décision du Conseil d'Etat du 13 juillet 1956. *Revue du Droit Public*, 1957, p. 296.

J. DAUMARD, Les sous-traitants dans les marchés industriels. *L'Actualité juridique*, Droit administratif, 1962, p. 6.

Décision du Conseil d'Etat du 16 novembre 1957. Société des Etablissements COMETAL.

Périodiques divers :

- *Marchés Publics* ; *Bulletin d'Information du Service des Commandes de la D.E.F.A.* ; *Bulletin officiel du Service des Prix* ; *Bulletin officiel de la Marine Nationale* ; *Journal Officiel*.

IV. — DOCUMENTS ADMINISTRATIFS

A. TEXTES.

Marchés de l'Etat Brochures n° 1028 et 1028 bis éditées par le *Journal Officiel* 1957, 1959.

Cahier des conditions générales des marchés de fournitures de la Guerre, de la Marine et de l'Air, du 21 novembre 1932.

Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés industriels des Départements de la Défense nationale.

- édition du 9 mars 1955 ;
- complément du 9 mars 1955 ;
- édition du 7 mai 1958.

Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de fournitures courantes des Départements de la Défense nationale.

- édition du 7 mai 1958.

Cahier provisoire des conditions administratives spéciales aux marchés pour la fourniture, la transformation et la réparation de matériels aéronautiques, du 15 février 1946, modifié le 21 août 1948, dit Règlement Air 1713, ou Norme Air 1713.

Cahier des clauses administratives applicables aux marchés industriels passés par le Département de l'Air, du 15 avril 1956, dit Règlement Air 1714, ou Norme Air 1714.

Cahier des clauses administratives applicables aux marchés industriels passés par le Département de l'Air, du 10 juillet 1958, dit Règlement Air 1714 B, ou Norme Air 1714 B.

Cahier des clauses et conditions générales applicables aux marchés de fournitures : Commissariat à l'Energie Atomique (Septembre 1958).

Volume n° 433-1 de l'Edition méthodique du *Bulletin Officiel* du Ministère de la Guerre : Marchés. Dispositions particulières aux marchés industriels. La propriété industrielle et commerciale (1958).

Standard Conditions of Government Contracts for Stores Purchases. (Form CCC/Stores/1/Edition September 1956) (Droit anglais).

General Conditions of Government Contracts for Building and Engineering Works. (Form CCC/Wks/1/December 1954) (Droit anglais).

Arrêté royal du 5 octobre 1955 organique des marchés de l'Etat, et Cahier général des charges annexé au précédent (Publiés au *Moniteur* du 12 octobre 1955) (Droit belge).

Commentaire pratique du nouveau Cahier général des charges et de l'arrêté royal du 5 octobre 1955 organique des marchés de l'Etat. Par M. DE

GRAND RY et M. FLAMME (Droit belge).

Arrêté n° 14.160 du 6 octobre 1946 (Régime des Prix).

Instruction n° 1195 C.C.T.I. du 12 décembre 1946, sur le contrôle des prix des matériels des télécommunications (Comité de coordination des Télécommunications impériales).

Les prix des matériels officiels selon l'ordonnance PR n° 30/53 du 21 novembre 1953 et les principes directeurs pour la détermination des prix basés sur le prix de revient, (République fédérale d'Allemagne).

Règlement général 3507. Conditions communes aux contrats passés au titre des accords amiables pour l'armement, l'entretien et la réparation des navires de la Marine Nationale ou de la flotte commerciale. (Approuvé par décision ministérielle n° 7724 CN3 du 23 janvier 1940).

Règlement général 6141 : Surveillance des travaux et des fabrications confiés à l'industrie (Marine Nationale, 1953).

Instruction n° 1391 SEA du 16 mars 1951, relative aux marchés d'études et de prototypes (avec une annexe).

Instruction du 14 juillet 1959 sur les contrats d'études et de prototypes passés avec l'industrie privée (avec une annexe) (République fédérale d'Allemagne).

« Negociator's Handbook » de la Marine américaine, notamment le Chapitre V, E (relatif aux droits de propriétés industrielle).

Circulaire n° 1338 CMa 4 du 26 juillet 1956 (Bulletin officiel de la Marine, 1956, p. 2.509), marchés relevant de la C.E.C.A.

B. — TRAVAUX PRÉPARATOIRES.

Compte rendu des travaux de la Commission mixte des marchés de la Défense nationale (devenue la Commission d'étude des marchés de la Défense nationale), de la Sous-Commission des marchés industriels, et du Comité de Rédaction.

Projet de cahier des charges présenté le 10 juillet 1950 à la Commission mixte des marchés.

C. — RAPPORTS ET ÉTUDES.

Note sur les marchés en régie-forfait, n° 22 C-CAN du 22 février 1951, par le Contrôleur général de la Marine HARNAY.

Les charges financières calculées. Rapport de M. LAVIGNE, auditeur à la Cour des Comptes, rapporteur auprès de la Commission consultative des marchés de la Marine (annexé au Procès-verbal n° 13.CCM du 15 février 1955).

Rapport au Ministre de la Défense nationale et des Forces Armées et aux Secrétaires d'Etat aux Forces Armées, par le Président de la Commission mixte des Marchés. (Non daté ; 1^{er} trimestre 1955 vraisemblablement).

Rapport du 31 janvier 1956 sur les marchés militaires aux Etats-Unis. Mission d'étude sur les marchés publics.

Instruction sur les études et les discussions de prix, n° 526 EM du 23 juillet 1956 (Service central des marchés de la Direction des Etudes et Fabrications d'Armement).

Les marchés administratifs du droit anglais : comparaison avec le droit français J. DAUMARD (26 octobre 1956).

Etude concernant l'acquisition et l'utilisation par la Direction des Etudes et Fabrications d'Armement du droit de faire reproduire des matériels étudiés et mis au point par une entreprise privée (2^e édition, n° 0697 EM du 25 octobre 1957).

Rapport de MM. ARMENGAUD et FILLON, n° 75, Conseil de la République, Session ordinaire 1957-1958.

Rapport d'Enquête au nom de la Commission des Finances sur la régularité de certains marchés du Secrétariat d'Etat à l'Air, M. le Sénateur PELLENC, rapporteur. Conseil de la République. Session ordinaire 1957-1958, annexés au Procès-verbal de la séance du 3 octobre 1957.

Rapport d'enquête n° 64-492 SMPA/Ex du 26 août 1959, Etude générale des marchés à intéressement, par M. REILLANT, Ingénieur militaire principal de l'Air.

Rapport au Comité consultatif de règlement amiable des marchés de la Marine (Renflouement-vente d'une épave), 7 mars 1958, par M. l'Ingénieur en chef JULLIAND.

Les marchés de fournitures militaires en République fédérale allemande. Essai sur la pratique suivie par l'Administration militaire allemande, J. DAUMARD (9 novembre 1959).

D. — CORRESPONDANCE ADMINISTRATIVE.

Lettre n° 1160 S.E.P. du 12 juin 1953 (marché-type pour la location de machines-outils).

Lettre n° 1592 S.E.A. du 8 juillet 1953 transmettant un projet de cahier industriel et un projet d'Instruction.

Observations du groupe d'étude des marchés du Conseil National du Patronat Français sur les quatre premiers titres du projet du Cahier de clauses administratives générales applicables aux marchés de fabrications des Départements de la Défense nationale, du 5 janvier 1954, jointes à la lettre du 8 janvier 1954 adressée au Contrôleur général de l'Armée, Président de la Commission mixte des Marchés de la Défense Nationale.

Chambre Syndicale de la Sidérurgie française (Union de Syndicats Professionnels). Lettre à M. l'Ingénieur en Chef N..., Service central des Marchés de la D.C.C.A.N., du 30 janvier 1956, sur les conditions d'achat de produits sidérurgiques par les administrations.

Idem, du 20 février 1956.

Circulaire n° 1338 CMa4 du 26 juillet 1956. Réglementation générale des marchés : Conditions particulières aux marchés de produits sidérurgiques relevant de la C.E.C.A. Bulletin officiel de la Marine 1956, p. 2509.

Lettre du 12 septembre 1956, du Ministre des Affaires économiques et financières (Agence judiciaire du Trésor public, Bureau A-1, n° 45.690, Etudes juridiques n° C 2681) au Secrétaire d'Etat aux Forces Armées « Air ».

IV. — REMARQUE GÉNÉRALE.

De nombreux documents administratifs, marchés, rapports de présentation de marchés à l'approbation, correspondance avec les fournisseurs, notes de services, rapports divers, etc... ont été consultés sans qu'il soit possible d'en donner une liste exhaustive.

Table des Matières

INTRODUCTION	1
CHAPITRE PREMIER : LE CRITERE DES MARCHES INDUSTRIELS	9
I. LES DONNÉES DE FAIT ET DE DROIT	11
1) La notion de marché de fournitures et sa signification économique	11
2) Le cahier industriel et sa mise en application	14
3) La signification du cahier applicable aux marchés industriels sur le plan du droit des marchés	17
II. LE CRITÈRE DES MARCHÉS INDUSTRIELS	18
A. <i>Les principes à poser avant toute recherche d'un critère des marchés industriels</i>	18
1) Le problème de l'unité ou de la dualité des cahiers des clauses administratives générales	18
2) La justification nouvelle de la dualité des cahiers des clauses administratives générales	20
B. <i>Le critère découlant des principes posés</i>	24
1) Caractères communs aux marchés industriels	25
2) Le critère des marchés industriels	29
CHAPITRE II : LES INFLUENCES SUBIES PAR LA REGLEMENTATION DES MARCHES INDUSTRIELS	35
I. LES INFLUENCES ÉTRANGÈRES	36
1) La nécessité d'un renouveau	36
2) Les influences étrangères	37
II. L'INFLUENCE DES MARCHÉS DE TRAVAUX PUBLICS	41
A. <i>L'opposition entre les marchés de fournitures et les marchés de travaux publics</i>	41
B. <i>Les rapprochements entre les marchés de fournitures et les marchés de travaux publics</i>	42
1) L'évolution économique et technique	42
2) Les marchés de réparation	43
3) Les formes nouvelles de marchés	44
— Les marchés de renflouement-vente	45

C. <i>L'influence du droit des marchés de travaux publics sur le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés industriels</i>	50
1) La procédure de l'ordre de service	51
— La signification des ordres de service	55
2) Les prix sur devis et les séries de prix	57
3) L'institution des Comités consultatifs de règlement amiable	59
4) La théorie des sujétions imprévues	65
III. LA VOLONTÉ D'UNIFORMISATION	70
IV. LES INFLUENCES INDUSTRIELLES	72
CHAPITRE III : LES TRAITS CARACTERISTIQUES DU CAHIER DES CLAUSES ADMINISTRATIVES GENERALES APPLICABLES AUX MARCHES INDUSTRIELS DES DEPARTEMENTS DE LA DEFENSE NATIONALE	75
I. LE CAHIER INDUSTRIEL EST CONSERVATEUR	76
II. LE CAHIER INDUSTRIEL EST AUTORITAIRE OU MÊME LÉONIN	78
III. LE CAHIER CONSACRE L'ORIGINALITÉ DES MARCHÉS INDUSTRIELS	83
A. <i>La capacité des fournisseurs</i>	84
B. <i>Le libre-choix du fournisseur</i>	86
1) La nécessité du libre-choix	86
2) La tradition du libre-choix	89
3) L'adaptation nécessaire	91
C. LES CONTROLES EXERCÉS	98
1) Le contrôle des fabrications de matériel de guerre	99
— Les commissaires du gouvernement	100
— L'autorisation administrative	101
2) Les obligations comptables	102
— La réglementation	102
— L'application pratique des décrets-lois	106
3) La surveillance des marchés confiés à l'industrie	112
4) Les contrôles sur le matériel livré	124
— La recette définitive et le droit d'appel	124
— La garantie du fournisseur et la prolongation des délais de garantie	127
D. LES MOYENS DE COERCITION	134
1) Rendre plus efficace les moyens classiques	134
a) Les pénalités pour retard	135
— Les exonérations de pénalités	140
— Le problème des pénalités pour retard	142
b) La résiliation aux torts du fournisseur	147
2) La création de nouveaux moyens de coercition	149
— Les suspensions de paiement	149
3) Le déclin de certaines sanctions classiques	151
a) Les achats aux frais et risques	151
b) La garantie générale d'exécution	153
CHAPITRE IV : LES APPORTS DU CAHIER INDUSTRIEL	157
I. LES PROBLÈMES CLASSIQUES	158

A. Les imputations afférentes aux rebuts sur approvisionnements appartenant à l'Etat	158
B. Le matériel confié au titulaire et le financement des investissements	159
C. Les marchés de transformation et les marchés de conversion ..	162
D. Les pouvoirs de l'administration en cas de résiliation. Le décompte de résiliation	165
1) La résiliation sans faute du titulaire : ses conséquences pécuniaires	165
2) La résiliation aux torts du titulaire : ses conséquences pécuniaires	173
3) Les dispositions communes aux différents types de résiliation	175
E. Le pouvoir de modification unilatérale des marchés industriels de la Défense nationale	177
II. LES PROBLÈMES NOUVEAUX	182
A. Les marchés de réparation et de modifications	182
— La réglementation	182
— Le mode de détermination du prix	185
B. Les marchés d'études et de prototypes	188
1) La place du titre VI dans le cahier industriel	188
2) L'objet du titre VI. Les caractères originaux des marchés d'études et de prototypes	190
3) Le système du titre VI du cahier industriel	192
4) Les critiques formulées contre le titre VI du cahier industriel	195
5) La pratique des marchés d'étude et de prototype et les solutions positives	197
a) la D.T.I.A.	199
b) la D.E.F.A.	201
c) la D.C.C.A.N.	202
6) Les principes d'une refonte du titre VI	204
7) Le décret n° 62-928 du 3 août 1962	206
C. Les devis de prix	209
1) Les textes	209
2) Le champ d'application des demandes de devis	212
3) Le contenu et l'analyse des devis	217
4) La valeur des devis	218
D. Les marchés sans prix déterminé	220
CHAPITRE V : LES LACUNES DU CAHIER INDUSTRIEL	229
I. LES PROBLÈMES NON RÉSOLUS : LA DÉTERMINATION DU PRIX ET DES BÉNÉFICES	230
A. Le cahier industriel	230
B. La réglementation des prix	232
1) Le régime des prix	232
2) Le blocage des clauses de révision de prix	237
C. Les usages	238
1) L'insertion de clauses de révision de prix	238
2) La notion de bénéfice	240

D. <i>La pratique des différents services</i>	245
1) La D.T.I.A.	245
2) La D.C.C.A.N.	247
E. <i>Les méthodes étrangères de détermination du prix et du bénéfice</i>	248
1) La République fédérale allemande	248
— Le prix commercial	249
— La fixation des prix sur la base des prix de revient..	250
— La politique des prix et la prévention de l'inflation..	253
— Les contrôles exercés sur les prix	254
2) Les Etats-Unis d'Amérique	255
3) La Grande-Bretagne	257
II. <i>LES PROBLÈMES NON ABORDÉS PAR LE CAHIER INDUSTRIEL</i>	259
A. <i>Problèmes de droit interne</i>	259
1) La détermination des obligations réciproques des contractants	259
2) Les transferts de propriété en contrepartie du financement du marché	262
3) Les rapports entre le droit public et le droit privé à l'occasion des faillites et des règlements judiciaires	265
B. <i>Problèmes économiques et industriels</i>	270
1) L'action de l'administration face à la faillite ou au règlement judiciaire du titulaire d'un marché industriel	270
2) Les pénalités pour retard	273
3) Les rapports entre les industriels et l'Etat	277
a) L'existence des clauses administratives générales	277
b) L'intervention nécessaire des données économiques dans la réglementation	278
c) Les relations entre l'Etat et les fournisseurs dans les marchés industriels : la pratique administrative et les usages des affaires	280
d) La révision des conceptions traditionnelles	285
C. <i>Problèmes internationaux</i>	287
1) L'influence croissante du droit étranger	287
2) Droit national et droit supra-national	289
CONCLUSION GÉNÉRALE	293
BIBLIOGRAPHIE	307

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

PARIS -- 889

Dépôt légal : 1^{er} Trimestre 1963

Printed in France

IMPRIMERIE R. VANÇON

77, rue du Cardinal-Lemoine

PARIS (5^e)

N° 60

11-3-63

